BIBLIOTECA

DI

GIURISPRUDENZA

ITALIANA.

ANALISI RAGIONATA
DEL
DIRITTO CIVILE
FRANCESE

Col confronto delle Leggi Romane, di quelle che si usavano in Francia, e del nuovo Codice Francese.

DI P. L. C. GIN

Antico Magistrato, Membro dell' Accademia di Legislazione, della Società Accademica delle Scienze, e Presidente di quella di Beneficenza Giudiziaria nell' Università di Giurisprudenza.

TRADUZIONE ITALIANA

CON ANNOTAZIONI

DI TOMMASO NANI

Professore di Diritto e Procedura Criminale nell' Università di Pavia, e Membro del Collegio Elettorale de' Dotti.

VOLUME SESTO.

MILANO.

Dalla Tipografia di FRANCESCO SONZOGNO DI GIO. BATT. Stampatore e Librajo, *Corsia de' Servi*, N. 596.

1808.

ANALISI RAGIONATA

DEL

DIRITTO FRANCESE

Risultante dalla comparazione delle disposizioni delle leggi romane, di quelle dello Statuto di Parigi, e del nuovo Codice dei Francesi.

TITOLO XIV.

Del contratto di società.

Corrispondente al titolo VIII del trattato delle leggi civili di Domat.

E' uno spettacolo ben degno dell'attenzione del vero filosofo questa moltitudine di associazioni, le quali si sono formate tra gli uomini in tutti i luoghi, in tutte le età, le une senza contratto, colla sola indivisio-

ne delle proprietà, le altre mediante convenzioni variate all'infinito, e ciò non pertanto uniformi nelle basi fondamentali della naturale equità che le regola.

Donde procede, che tale sia la costituzione delle umane società? Dalla dipendenza rispettiva in cui l'autore della natura ha posti gli uomini per sovvenirsi a vicenda nei rispettivi loro bisogni; da quell' inclinazione innata con essi che li riavvicina, non altrimenti di quello succede tra la calamita ed il ferro, il quale unito all' anzidetta diviene egli medesimo il centro di un vortice magnetico, il quale viene accresciuto da tutte le materie analoghe alla sua sostanza che lo circondano (*a*). *Non est bonum hominem esse solum; faciamus ei adjutorium simile sibi:*

» Non è conveniente che l'uomo sia so-
» lo; facciamogli un compagno simile a
» lui. »

Tale fu la prima società formata dall'Onnipossente, senza il concorso della volontà

(*a*) Genesi, cap. II v. 18.

dei due individui ai quali si riferì detta di-
vina parola, confermata poscia dall' unione
dei cuori. Fortunati, se collocati sotto la
facile guida del Creatore, volontariamente
si fossero i medesimi sottoposti al suo im-
pero, senza aspirare a divenire Dei, se-
condo l'espressione dei nostri libri santi (*a*).
Eritis sicut dii, scientes bonum et malum.
» Voi sarete come Dei, sapendo il bene
» ed il male. »

Da quel momento, la natura intiera si
rivolta contro il tiranno che l' opprime.
» Questo re degli animali, destinato a sog-
» giogarli tutti per quel soffio di vita che
» il Creatore ha inspirato sull' augusto suo
» volto (*b*). » *Inspiravit in faciem ejus spi-
raculum vitae*, nasce il più debole di tut-
ti, il più tardo ad arrivare alla perfezione
del suo essere, precisamente, dice l'isto-
rico della natura (*c*), perciocchè egli deve
essere un giorno il più intelligente, come

(*a*) Genesi, cap. 3. v. 5.
(*b*) *Ibid.* cap. 2, v. 7.
(*c*) M. de Buffon, *istoria naturale dell' uomo*;

la durata della sua vita deve essere la più lunga, ciò che fortifica, e stringe vieppiù i nodi della prima società, da cui riconosce la sua esistenza,

Arrivato al complemento del suo essere, la bontà del Creatore non gli nega nulla di ciò che gli è necessario per abilitarlo a provvedere alla sua sussistenza; io voglio supporlo collo storico della natura (*a*) più forte, più agile di tutti gli esseri che lo circondano, se voi li spogliate delle loro armi, e riducete la massa enorme di alcuni ad un volume proporzionato a quello del corpo dell' uomo, rimane questi esposto a due sorta di nemici, i mostri delle foreste, i quali, sottomessi altre volte, ora in rivolta, si presentano armati da capo a piedi per contrastar loro il suo alimento, e renderlo egli medesimo loro preda; le sue passioni e quelle dei suoi simili, che coprono troppo soventi di morti e di stragi questa terra comune a tutti, della quale l'autore della natura gli aveva dato l'impe-

(*a*) M. de Buffon, *Istoria naturale dell' uomo*.

ro. Quale rimedio a questi tristi effetti del delirio, dell' orgoglio umano? Da questa sociabilità, di cui la mano stessa del creatore ne ha scolpita la base nei nostri cuori, nacquero le divisioni della terra in proporzione dei travagli degli uomini industriosi, che hanno contribuito ad accrescere la sua fertilità, origine la più sacra delle proprietà, soventi macchiate dall' usurpazione e dalla violenza; ma consolidate e confermate dal possesso, considerato come un ordine di quella provvidenza che regge l' universo; dalle leggi non scritte nel loro principio, ma risultante dal voto e dall' interesse comune, registrate in seguito col mezzo dei trattati convalidati, presso tutti i popoli, dalla religione del giuramento. Ben tosto il centro comune del pubblico e privato interesse moltiplica le associazioni, le quali si estendono da queste grandi società, nelle quali le nazioni non si considerano che come individui, fino ai più minuti oggetti, e ci mostrano l' uomo continuamente gravitante verso il centro dell' amore di se medesimo, che procura di accrescere le sue forze private coll' unione

coi suoi simili. Sono questi i principj comuni che regolano queste associazioni, che io mi propongo di riunire in questo titolo col confronto e riavvicinamento delle leggi romane alle disposizioni del nuovo Codice che li ha adottati con alcune modificazioni.

» Presentemente, dice l' oratore del governo, non si tratta di quella società che » contraggono due persone di differente » sesso, che stabilisce dei rapporti più » stretti fra due famiglie, ed arrichisce lo » stato di una terza, la quale, se è fon- » data sopra una conformità di umore, di » gusti, di sentimento, porge un nuovo » lustro a tutte le dolcezze della vita, ed » offre dei compensi e dei sollievi a tutti » i suoi rovesci, ed amarezze.

» Il progetto è similmente estraneo ad » un'altra specie di società, la quale viene » formata fra persone riavvicinate da qual- » che avvenimento qualche volta indipen- » dente dalla particolare loro volontà, co- » me sarebbe per esempio, tra varj coere- » di tenuti a soddisfare in comune ai pesi » di una eredità, della quale essi divido- » no i beneficj; o tra due vicini che la

» legge assoggetta ad alcune obbligazioni
» comuni, per la loro particolare sicurezza
» e pel mantenimento dell' ordine pubbli-
» co. In fine si formano tutti i giorni del-
» le società di commercio, regolate dalle
» leggi e consuetudini di questa materia;
» elleno possono essere sottoposte alle re-
» gole generali della società; ma queste
» hanno altresì le particolari loro regole,
» e non entrano nel piano del titolo, del
» quale siamo per occuparvi.

« Trattasi unicamente di quella specie di
» società che si forma tra due o più per-
» sone, all'oggetto di mettere in comunio-
» ne una proprietà od alcuni godimenti
» per rendersene conto reciprocamente e
» dividere gli utili dell' associazione. »
Discorso del consigliere di stato Treilhard.

I.

Disposizioni generali.

» La società è *un contratto* col quale due
» o più persone convengono di mettere
» qualche cosa in comunione al fine di di-
» videre il guadagno che ne potrà ri-
» sultare. » *Codice civile art.* 1832. (1)

(1) La prefata definizione è più esatta di qualunque di quelle che contiene il corpo di diritto.

La società è *un contratto* . . . » la qual cosa distingue la comunione dei diritti risultanti dal trattato di società, da quella che si forma » per la cosa medesima, » *re ipsa*, come parlano le leggi romane,

---

(1) Nessuna definizione della società contiensi nel corpo del diritto romano. I compilatori della romana giurisprudenza non facilitavano di troppo le definizioni, avendo stabilito come una regola di diritto, che *omnis definitio in jure civili periculosa est. parum est enim ut non subverti possit L.* 202 *de reg. jur.*

delle quali io ho trattato al titolo *delle obbligazioni che si formano senza convenzione*.

Quantunque gli effetti dell'una e dell'altra siano ad un dipresso i medesimi, vengono però distinti tra loro da due importanti circostanze.

La prima, che la società reale risultante dalla proprietà comune, si forma senza scelta della persona degli associati, senza modificazioni convenzionali delle regole generali; che la società proveniente da contratto, al contrario, suppone la scelta degli associati, e le modificazioni apposte alle regole generali; e per una conseguenza di tale principio, si estingue colla morte dell'associato, o di uno dei componenti la società, poichè la confidenza non si trasmette come l'eredità (2).

---

(2) *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet. Nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit. Communiter autem res agi potest, etiam citra societatem, ut puta, cum non affectione societatis incidimus in communionem; ut evenit in re duobus legata; item si a duobus simul res empta sit, aut si hereditas, vel donatio com-*

Consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus. Inst. de obl. ex cons.

» Col consenso si formano le obbliga-
» zioni nelle vendite e compre, nelle lo-
» cazioni ed affitti, *nelle società.* »

Societas jus quodammodo fraternitatis in se habet. L. 63 Dig. pro soc.

» *La società presenta una sorta di diritto di fraternità.* »

Solvitur . . . . Societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit, certam per-

---

muniter nobis obvenit: aut si a duobus separatim emimus partes eorum, non socii futuri L. 31 D. *pro soc.* Cioè la semplice comunione è l' immediata conseguenza del dominio che più persone *pro indiviso* possono avere acquistato sulle cose suscettibili di dominio; è perciò che questa comunione più attaccata alla cosa che alla persona passa in qualunque acquirente d' una porzione indivisa o per titolo universale o per titolo singolare. Ma la società costituita per vero contratto ne' suoi principali attributi è più attaccata alla persona che alla cosa; e la comunione *pro indiviso* delle cose in nome della società acquistate non è che una conseguenza della ragioni personali che ciascun socio ha reciprocamente verso l' altro.

sonam sibi elegit: sed et si consensu plurium societas contracta sit, morte unius solvitur societas, etsi consensu omnium coita sit, pluresque supersint; nisi in contrahenda societate aliter convenerit. L. 63 *§.* 9 *Dig. eod.*

Quid enim si mortuus sit, propter cujus operam maxime societas coita sit? Aut sine quo societas administrari non possit? L. 59 *eod.*

» La società viene disciolta dalla morte
» di un socio, perciocchè quegli che con-
» trae una società fa la scelta della perso-
» na; ed abbenchè la società sia stata con-
» tratta col concorso delle volontà di più
» persone, essa resta sciolta colla morte di
» una sola, quantunque sopravviva la mag-
» gior parte di esse, ammenocchè non sia-
» si stipulato il contrario. »

» Infatti che sarà mai, quando sia morto
» quegli sopra cui i socj hanno fissata la
» loro attenzione, ed il di cui travaglio ed
» industria sono stati la ragione che gli ha
» determinati ad unirsi in società; o senza
» del quale gli affari comuni non possono
» essere amministrati?

» La società finisce colla morte naturale » o civile di un socio. » (*maxima et media capitis diminutione,* » la massima e la me- » dia *capitis* diminuzione » , dicono le leggi romane. *L.* 63 §. *ult. eod.* (*Codice civile , art.* 1865.

La seconda differenza non esisteva nel diritto romano, il quale ammetteva indistintamente la prova testimoniale dei contratti, essa ha luogo fra di noi, che la escludiamo, quando l' oggetto eccede il valore limitato dalla legge.

» Ogni società si deve contrarre col mez- » zo di scrittura, *quando l' oggetto di essa* » *ecceda il valore di cento cinquanta lire.*

» La prova testimoniale non è ammessa » contro od oltre il contenuto nell'atto di » società, nè sopra ciò che siasi asserito » prima, al tempo o dopo del medesimo » atto, *ancorchè si tratti di una somma o* » *valor minore di cento cinquanta lire.* » Codice civile 1874 (3).

---

(3) Pare che un celebre oratore del governo francese abbia riguardata questa disposizione come una regola comune a tutti i contratti eccedenti nel loro

(2) » Qualunque società deve avere *per*
» *oggetto una cosa lecita.* » Ibid. art. 1833.
Quella che avesse per oggetto una cosa

---

valore la prescritta somma di lire cento cinquanta. Ammettendosi cotest' ipotesi, ne verrebbe di conseguenza che una società si potesse verificare colla prova testimoniale, quando vi fosse un principio di prova in iscritto. Giova per altro l'osservazione che nel Codice civile sono in distinti titoli stabilite le regole comuni a tutte le convenzioni; e quelle che sono particolari ad alcuni contratti. Che non si ammetta la prova testimoniale nelle obbligazioni eccedenti il preindicato valore, se manchi un principio di prova in iscritto, è questa una regola comune a tutte le convenzioni, e posta nella sede delle regole comuni e generali. Ma che ogni società si debba contrarre col mezzo della scrittura, quando l'oggetto della medesima ecceda il valore di cento cinquanta lire, è una regola particolare del contratto di società, posta perciò sotto il relativo titolo, e quindi da non confondersi colla regola superiormente rammentata comune a tutte le convenzioni. — *I contratti, sia che abbiano una propria denominazione, o che non ne abbiano, sono sottoposti a regole generali, le quali formano l'oggetto del presente titolo. Le regole particolari per determinati contratti vengono stabilite in appresso sotto i titoli relativi a ciascuno di essi* — Cod. civ. *art.* 1107 —. Se il contratto di società eccedente il valore di lire

illecita sarebbe un ladroneggio, una truf-
feria, non una società.

Si maleficii societas coita sit, constat

çento cinquanta pel genere della prova soggiacesse soltanto alle disposizioni generali per tutte le convenzioni, affatto inutile e superflua sarebbe stata la singolare disposizione posta precisamente sotto il titolo della società; appunto perchè vi avrebbero bastantemente supplito le generali disposizioni sulla prova testimoniale collocate nella *sez.* 2 del *cap.* 6 subordinato al *tit.* 3 dei contratti e delle obbligazioni in genere. E non dovendosi giammai in un codice presumere inutili ripetizioni, conviene necessariamente conchiudere che il legislatore abbia espressamente prescritto il concorso della scrittura per quell' atto che manifesti esclusivamente l' esistenza di una società, quando l' oggetto di essa ecceda il valore di cento cinquanta lire, e che questo contratto non si possa altrimenti provare che con la scrittura stessa da cui deve ricevere l' estrinseca sua perfezione. Ciò è tanto certo, quanto è indubitato, che la successiva disposizione escludente la prova testimoniale contro ed oltre il contenuto nell' atto di società, sebbene l' oggetto avesse un valore minore di cento cinquanta lire, suppone essenzialmente una società ridotta a scrittura, la quale ne formi la prova esclusiva, verificandosi in tal guisa uno di que' casi, cui si rende applicabile la celebre regola del diritto: *contra scriptum testimonium*

nullam esse societatem. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem. L. 57. *Dig. eod.*

» E' cosa manifesta che una società che
» ha per oggetto dei misfatti o delitti è
» nulla. E' una regola generale che ogni
» società di cose inoneste è nulla. »

. . . . E deve essere contratta *per l' interesse comune delle parti* (4).

» Ciascun socio deve conferirvi o dana-
» ro, od altri beni, o la propria indu-
» stria. » *Codice civile*, *art.* 1833.

---

non scriptum testimonium non admittitur. Che più? Nell' *art.* 1866 si esige che la prorogazione di una società contratta a tempo determinato debba provarsi per mezzo di scrittura rivestita delle stesse forme del contratto sociale, manifesta quindi ed incontestabile emergendo la conseguenza che l' atto della società non altro può essere che la medesima scrittura. Di fatti avendo voluto il legislatore proscrivere le tacite società, e così troncare le moltiplici questioni che insorgevano sull' esistenza o la non esistenza di una società, non poteva altrimenti riuscire nel suo assunto che collo stabilire, che ogni società si dovesse contrarre col mezzo della scrittura.

(4) *Societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.* L. 67 d. *pro soc.*

Fra li socj le parti sono eguali, quando non siasi convenuto che le medesime sarebbero ineguali; *si non fuerint partes societati adjectae aequas esse constat.* L. 29. Dig. *pro soc.* Inst. de soc. §. 1. » Quando » le parti non sieno state determinate nel » contratto della società, non havvi dubbio » che le stesse debbono essere eguali. » E non ostante la differenza delle collazioni può produrre un'ineguaglianza; è possibile che l'industria di un solo lo dispensi da qualunque collazione, e gli assicuri una parte maggiore negli utili della società di quella dei suoi socj. Siffatta cosa diè luogo altre volte ad una diversità di opinioni fra i giureconsulti romani, ultimata per l'affermativa dal §. 2 *inst. eod.* (15).

---

(15) Tre singolari convenzioni sono indicate nel cit. §. 2 *inst. de soc.* La prima che l'uno de' socii abbia due parti di lucro, ed una di danno, l'altro due parti di danno ed una di lucro. Questa convenzione come contraria all' indole della società era riprovata dal celebre giureconsulto Quinto Muzio. Ma Giustiniano ci assicura che prevalse la contraria opinione di Servio Sulpizio appoggiata singolarmente al riflesso che l'opera di un socio può es-

Noi diciamo il beneficio, vale a dire, il guadagno, fatta la deduzione della perdita; *neque enim lucrum intelligitur nisi damno*

---

sere tanto preziosa nella società, che sia ben giusto di compensarla con una migliore condizione. — *Servius Sulpitius (cuius sententia praevaluit) contra sensit, quia saepe quorumdam ita pretiosa est opera in societate, ut eos justum sit conditione meliore in societatem admitti.* Parmi per altro che questa dottrina non sia stata fuori di ragione dal nostro antico interprete Azone limitata al caso che vi sia ineguaglianza per parte de' socii su ciò che viene conferito nella società, sia che l'uno abbia più conferito per ragione de' beni, sia che vi abbia più conferito per ragione dell'opera e dell'industria. Quindi nel caso di una perfetta eguaglianza non sarei lontano dal credere che lo stesso Servio Sulpizio non abbia mai inteso di opporsi alla sentenza del suo maestro. La dottrina di Azone conviene egregiamente alla teoria stabilita da Ulpiano nella l. 29 *eod.* — *Si non fuerint partes societati adjectae aequas eas esse constat. Si vero placuerit ut quis duas partes vel tres habeat alius unam an valeat? placet valere: si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae, vel cuiuscumque alterius rei causa.* La seconda convenzione riguarda il caso, che tra li socii debba essere comune il lucro, sebbene l'uno di essi abbia conferito nella società tutto il danaro, potendo l'opera dell'altro presen-

deducto, neque damnum nisi lucro deducto. L. 30. Dig. *pro socio.* » Imperciocchè non » intendesi per guadagno che ciò che ri-

---

tare un valore equivalente: *quia saepe opera alicuius pro pecunia valet.* Di questa specie di società si parla espressameute nella l. 1 C. *eod. Societatem, uno pecuniam conferente, alio operam, posse contrahi magis obtinuit.* In due maniere osserva il dottissimo Grozio, può l' opera d' uno de' socii pareggiarsi al danaro dell' altro. 1. Se venga pareggiata al solo uso del danaro, ed al possibile lucro che ne venga di consegueuza. 2. Se venga pareggiata alla stessa somma principale conferita dall' altro socio nella società. Nella prima specie il capitale appartiene al socio che lo ha conferito, e se perisce, perisce tutto a suo danno. Nella seconda specie il valore dell' opera si ha come aggiunto allo stesso capitale, e quindi il socio che la presta non può a meno di non parteciparne. » Sed haec collatio non uno modo fit: nam aut opera confertur cum solo pecuniae usu, quo casu sors domino perit, et si salva est, domino salva est: » aut opera confertur cum ipso domino pecuniae, » quo casu qui operam impendit particeps fit sortis. In prima specie comparatur cum opera non » sors, sed periculum amittendae sortis et lucrum » quod probabiliter ex ea sperari poterat. In altera operae pretium habetur quasi sorti adjectum, » et pro eo quod valet in ipsa sorte partem habet

» mane dopo che è stata dedotta la per-
» dita; nè perdita se non ciò che resta

» qui operam praestat. V. *de jur. bell. et pac. lib.* 2 *cap.* 12 *num.* 24. La terza convenzione finalmente assegna all'uno de'socii una parte di lucro senza farlo soggiacere ad alcuna parte di danno. *Et adeo contra Q. Mucii sententiam obtinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, de damno non teneatur. Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest, intelligatur lucro esse.* Esaminata una simile convenzione al rigore degli attributi che sono essenziali al contratto di società, si vede manifestamente ad essi contraria. *Sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet.* L. 52 §. 4 *eod.* Quindi una società così formata non potrebbe sostenersi sotto i puri rapporti di società. Sarebbe perciò necessario di riguardarla come un contratto misto di società e d'assicurazione, nel quale sarebbe osservata l'eguaglianza, qualora il socio sostenitore del danno avesse per questo a riportarne un lucro maggiore. — » Ut autem sociorum aliquis lucri sit particeps, immunis damni, » est quidem praeter naturam societatis: potest ta- » men ita conveniri sine injuria: fiet enim mixtus » contractus ex societate et ex contractu aversi pe- » riculi, in quo ita servabitur aequalitas, si tanto » plus lucri ferat, quam alioquin laturus fuerat qui » in se damnum recepit. Groz. *loc. cit.*

» fatta la deduzione del guadagno. » Una società che mettesse tutta la perdita da una parte, tutto il guadagno dall'altra, sarebbe nulla: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare.* L. 29 §. 2, *ibid.*

» Riferisce Aristone che Cassio rispose
» che non si poteva contrarre una società
» tale che l'uno avesse tutto il profitto,
» soggiacesse l'altro a tutta la perdita; ed
» essere egli solito chiamare leonina sif-
» fatta società . . . . . . »

Alludendo alla quinta favola del primo libro di Fedro, tradotta tanto energicamente da La Fontaine:

Sic totam praedam sola improbitas abstulit.

» Per tale modo la sola improbità gli
» aggiudicò tutta la preda. »

» E' nulla la convenzione che attribuisce
» ad uno dei socj la totalità dei guadagni.

» Lo stesso ha luogo per quella conven-
» zione per cui i capitali o effetti posti in
» società da uno o più socj venissero esen-

» tati da qualunque contributo nelle per-
» dite. » *Codice civile, art.* 1855.

La massima che abbiamo accennata or ora non esclude la convenzione colla quale fosse stato stipulato che uno dei socj avrebbe la sua parte negli utili, senza potere in verun caso essere tenuto alle perdite, » purchè però per guadagno non si con-
» sideri che ciò che rimane, fatta la de-
» duzione delle perdite. »

Quod tamen ita intelligi oportet, ut si in alia re lucrum, in alia damnum illatum sit, compensatione facta, solum quod superest intelligitur lucro esse. Eod. §. 2.

II.

Delle diverse specie di società; società universali, e società particolari.

» Le società sono universali o partico-
» lari. » *Codice civile art.* 1835.

(1) *Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter* coinoian

appellant; aut unius alicujus negotiationis.... Inst. *de soc. in princ.*

» Noi siamo soliti di mettere in società
» o l'universalità dei nostri beni, ciò che
» i Greci chiamano particolarmente *comu-*
» *nione*, od un affare particolare . . . . »

Questa società o comunione universale di tutti i beni, secondo il diritto romano, poteva comprendere non solamente tutti gli effetti mobili, tutto il danaro effettivo, la proprietà di tutti i beni presenti dei socj, ma le loro ragioni alle eredità, alle donazioni, ai legati che potrebbero venire loro fatti nel tratto successivo, quantunque i beni futuri non fossero suscettibili nè di una tradizione attuale, nè di alcuna stima per fissare la porzione da conferirsi da ciascuno dei socj.

Le leggi romane fanno a se medesime questa obbiezione, che poscia risolvono.
» Perchè quantunque non abbia luogo ve-
» runa espressa tradizione di detti beni, si
» può però supporre che vi concorra la
» tacita. » *Quia licet specialiter traditio non interveniat; tacita tamen creditur intervenire.* L. 2 Dig. pro soc.

E' questo il motivo, per cui, giusta il medesimo diritto, la donazione tra vivi di tutti i beni presenti e futuri era valida. La legge considerava questa sorta di disposizioni come partecipanti delle due nature degli atti tra vivi, e degli atti in causa di morte. *Veggasi* il titolo *delle instituzioni de don.*

Coll' ordinanza del 1731, adottata in questa parte dal nuovo Codice, essendo stati introdotti fra di noi dei principj più puri, era pure conseguente il proscrivere le società universali quanto ai beni futuri, che davano adito a troppa facilità di rovesciare l'ordine stabilito, con donazioni alterate e contrafatte.

E' solo eccettuato il contratto di matrimonio, perciocchè la proscrizione delle donazioni dei beni presenti e futuri non vi ha luogo, come si è detto al titolo *delle Donazioni tra vivi e testamentarie.*

» Si distinguono due sorta di società » universali: la società di tutti i beni pre- » senti, e la società universale dei guada- » gni. » (Noi spiegheremo ben tosto questa denominazione.) *Cod. civ. art.* 1836.

» La società di tutti i beni presenti è
» quella per cui le parti pongono in co-
» munione tutti i beni mobili ed immobili
» *che esse possedono attualmente*, e gli
» utili che potranno ricavarne.

» Possono altresì comprendere tutte le
» altre specie di utili; ma *i beni che le*
» *parti potranno acquistare per successione,*
» *donazione o legato*, non entrano in que-
» sta società, se non per goderli in co-
» munione: ogni stipulazione che tenda a
» rendere comune la proprietà di questi
» beni è violata; *fuorchè tra i conjugi, ed*
» *a norma di quanto è stato a loro riguar-*
» *do stabilito*. Ibid. *art.* 1837.

(2) La seconda specie di società univer-sale è quella che il nuovo Codice, col maggior numero dei giureconsulti, chiama *società di tutti i guadagni*, espressione equivoca che sembrerebbe presentare l'idea di una società che avesse per oggetto soltanto i guadagni, e non le perdite; ciò che sarebbe contrario alla natura della società.

La legge romana fa uso di una espressione più caratteristica; essa la chiama *società semplice*.

Coiri societatem et simpliciter licet. Et si non fuerit distractum videtur esse coita universorum quae ex questu veniunt. Hoc est quod lucrum ex emptione, venditione, locatione, conductione descendit. L. 7. Dig. *pro soc.*

Questus enim intelligitur qui ex opera cujusque descendit. L. 8. *ibid.*

» Si può inoltre associarsi puramente e
» semplicemente; e quando non sia sta-
» ta distratta cosa veruna, la società pare
» essere stata contratta di tutto ciò che
» proviene dai guadagni fatti dai socj; va-
» le a dire, dai guadagni prodotti dalle
» vendite, dalle compre ch'essi hanno fat-
» te, dai beni che hanno affittati.

» Perciocchè chiamasi guadagno tutto ciò
» che deriva dal travaglio di ciascuno. »

» La società universale dei guadagni com-
» prende *tutto ciò che le parti saranno per*
» *acquistare colla loro industria*, per qual-
» sivoglia titolo, durante il corso della so-
» cietà: *sono pure compresi i mobili che*
» *ciascuno dei socj possiede al tempo del*
» *contratto*; ma i loro immobili particolari
» (anche attuali) non fanno parte della

» società, *salvo che per goderli in comu-*
» *nione.* » Codice civile, art. 1838.

» Il semplice contratto di società univer-
» sale, senz' altra dichiarazione, non indu-
» ce che la società universale degli utili. »
Ibid. art. 1839.

La distinzione fatta dal nuovo Codice dei beni presenti, e di quelli avvenire, il timore delle donazioni contrafatte in frode di una legge proibitiva, rendevano indispensabile la seguente disposizione.

» Non può aver luogo veruna società uni-
» versale *eccetto che fra persone capaci di*
» *dare o di ricevere scambievolmente l' una*
» *dall' altra, ed alle quali non sia vietato*
» *d' avvantaggiarsi reciprocamente in pre-*
» *giudizio dei diritti d' altre persone.* » Ibid.
art. 1840.

(3) *Della società particolare.*

» La società particolare è quella, la qua-
» le non ha per oggetto se non certe de-
» terminate cose, o il loro uso, ovvero i
» frutti che se ne possono percepire. » *Ib.*
art. 1841.

» Se i fratelli hanno negato di dividere
» l'eredità degli autori de' loro giorni, coll'

» idea di rendere comuni fra di essi il
» guadagno e la perdita che ne risulterebb-
» be, non forma parte della società ciò
» che altronde hanno acquistato. »

Si fratres parentum indivisas haereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his comune sentirent; quod aliunde quaesierint in comune non redigetur. L. 52 §. 6. Dig. *pro soc.*

» E' parimenti società particolare il con-
» tratto con cui più persone si associano,
» o per una impresa determinata, o per
» l'esercizio di qualche mestiere o profes-
» sione. » *Cod. civ. art.* 1842.

» In tutte le stipulazioni, in tutti i con-
» tratti si considera sempre ciò che è sta-
» to fatto. »

Semper in stipulationibus, et in caeteris contractibus id sequitur quod actum est. L. 34. Dig. *de reg. jur.*

Se insorge qualche dubbio (non è questo il caso di applicarvi il principio), *potuit legem apertius dicere*; » quegli che
» ha fatta la legge ha potuto spiegarsi più
» chiaramente ; » perchè ciascuna delle parti ha fatta la legge, ma fa d'uopo ri-

cercare le rispettive loro affezioni all' epoca del contratto, per interpretare le loro intenzioni.

Quod factum est, cum in obscuro sit ex affectione cujusque capit interpretationem. L. 16 §. 8 Dig. *ibid.*

» Quando è oscuro quello ch' è stato fat-
» to si deve interpretare il contratto dalla
» particolare affezione di ciascuna delle
» parti. »

III.

Delle obbligazioni degli associati fra loro.

Tutte le regole relative a questo numero riduconsi a due, rispetto alle quali le decisioni delle leggi romane e le disposizioni del nuovo Codice sono l'applicazione.

La prima, che deve essere eseguito tutto ciò che le parti hanno stipulato nel trattato della società, il quale non sia contrario alle leggi o alla buona fede.

La seconda, che la società introduce fra gli associati, » una sorte di fratellanza, »

ius

jus quodammodo fraternitatis, la quale ammette tutti i temperamenti di equità che la convenzione espressa non esclude.

Applicazione della prima regola.

(1) *Cominciamento della società* » nell' » istante medesimo del contratto, *se non ne* » *è stabilita un' altr' epoca.* » Codice civ. art. 1843 (6).

(2) La sua durata, *non essendovi patto in contrario*, si presume estendersi a tutta la vita dei socj nelle società universali. Nelle società particolari, s' intenderanno queste contratte per tutto il tempo necessario all' ultimazione dell' affare o dell' impresa, che è l' oggetto dell' associazione (7). E similmente soltanto sino alla mor-

(6) *Societas coiri potest vel in perpetuum, idest dum vivunt, vel ad tempus, vel ex tempore. L.* 1 *D. pro soc.*

(7) Nel *cit. art.* 1844 si presume contratta la società per tutta la vita de' socj, quando non siavi patto sulla durata della medesima. Questa disposizione, che l' autore restringe arbitrariamente alle

te di uno dei socj ; quando non siasi stipulato che la società continuerebbe coi superstiti, o che gli eredi del socio defunto lo rappresenterebbero nella società. Le mentovate due clausole hanno dei differenti effetti conformi alla stipulazione. In forza della prima gli eredi dividono il guadagno, o soggiaciono alla perdita della società, fino all' epoca della morte di quegli che essi rappresentano, *e non partecipano nelle ulteriori ragioni che in quanto siano una conseguenza necessaria delle operazioni fatte prima della morte del socio a cui succedono* ; Giusta la seconda eglino stessi divengono socj. *Ibid. art.* 1844, 1868 (8).

---

società universali può benissimo applicarsi ancora a moltiplici specie di società particolari, li cui oggetti possono avere una durata illimitata.

(8) Ma nel diritto romano era assolutamente invalida ogni convenzione, per cui l'erede del morto socio prendesse il suo posto nella società: *adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus ut haeres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihilominus manet societas, et post mortem alicuius sed ita demum, si pars defuncti*

(3) *Azione che appartiene alla società, per costringere ciascuno dei suoi membri ad adempiere le sue proprie convenzioni; effetti di quest'azione, rispetto alla differenza delle collazioni.*

» (*La società*) è contraria all' onestà
» ed ai buoni costumi quando la quota non
» consista che in una promessa di credito
» il più soventi inutile, sempre colpevole
» quando è eseguita. Lungi da noi questi
» vili intriganti, i quali vendendo i loro
» intrighi e la loro protezione, ingannano
» egualmente l' autorità, della quale essi
» sorprendono la confidenza, e l' uomo o-
» nesto che conta su di loro »

Discorso del consigliere di stato Treilhard.

---

ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat. L. 59 D. *pro soc.* Una ragione è indicata nel §. 5 *inst. eod.* — *Quia qui societatem contrahit, certam personam sibi eligit*, e l' altra nella l. 65 §. 11 *eod. Societas quemadmodum ad heredes socii non transit, ita nec ad adrogatorem: ne alioquin invitus quis socius efficiatur, cui non vult.* Nella Francia per altro si era introdotta una contraria giurisprudenza, ed in alcuni *arresti* del Parlamento pare stabilita la massima che la società possa continuare coll' erede

Ogni società suppone dunque una collazione rispettiva e reale.

» Ogni socio è debitore verso la società
» di tutto ciò che ha promesso di confe-
» rirvi. . . . . » *Cod. civ. art.* 1845.

Ma questa collazione può essere differente, secondo i bisogni della società e le facoltà dei contraenti.

» Quando ciò che si deve conferire in
» un determinato corpo di cui la società
» ne abbia sofferto l' evizione, il socio che
» l'ha conferito n'è responsabile verso la
» stessa società, *nell' egual modo che il ven-*
» *ditore è tenuto per l' evizione a favore del*
» *compratore.* » Ibid.

» Il socio che doveva conferire alla so-
» cietà una somma, e non l' ha conferita,
» resta *ipso jure e senza bisogno d' istanza*
» debitore degl'interessi di tale somma dal
» giorno in cui doveva eseguirsi il paga-
» mento. » *Ibid. art.* 1846.

» Il giureconsulto Labeone asserisce che
» il socio, il quale ha differito a versare
» nella cassa della società il danaro da cui
» essa avrebbe tratto profitto, avendo egli
» stesso fatto uso di detto danaro, deve
» pagarne gl' interessi. »

Socium qui in eo quod ex societate lucri faceret, reddendo moram adhibuit, cum ea paecunia ipse usus sit, usuras quoque eum praestare debere, Labeo ait. L. 60 Dig. *pro soc.*

» Lo stesso ha luogo riguardo alle som- » me che avesse prese dalla cassa sociale, » *gl' interessi delle quali decorrono dal gior- » no che le ha ritirate per suo particolare » vantaggio*; tuttociò senza pregiudizio dei » maggiori danni ed interessi, quando vi » sia luogo. » *Codice civile art.* 1846.

Il socio che ha promessa la sua industria, deve impiegarla totalmente per la società; nè può in conseguenza occuparla diversamente, o se lo fa, deve rendere conto alla stessa società dei guadagni che ha fatti. *Ibid. art.* 1847.

(4) *Amministrazione della società.*

» Il socio incaricato dell' amministrazione » *in forza di un patto speciale del contrat- » to di società*, può fare, *non ostante l' op- » posizione degli altri socj* tutti gli atti che » dipendono dalla sua amministrazione, *pur- » chè ciò segua senza frode*.

» Questa facoltà non può essere rivocata

» durante la società *senza una causa legitti-*
» *ma;* ma se è stata accordata con un atto
» posteriore al contratto di società, sarà ri-
» vocabile *come un semplice mandato.* »
Ibid. art. 1856 (9).

» Quando più socj sono incaricati di am-
» ministrare senza che siano precisate le
» loro funzioni, o *senza che sia stato es-*
» *presso che l' uno non potesse agire senza*
» *l' altro*, ciascuno di essi può fare sepa-

---

(9) Questa disposizione si conforma perfettamente ai puri principj della ragion civile. Quando un socio per un patto speciale aggiunto alla società è incaricato dell' amministrazione degli oggetti sociali, ha da una condizione del contratto stesso il diritto di esercitarla, diritto indipendente da qualunque arbitrio de' socj, perchè *quod semel placuit amplius displicere non potest.* Perciò la da essi manifestata volontà per escluderlo dall' amministrazione non potrebbe altrimenti giustificarsi che per il concorso di alcuna causa legittima, la quale può sospendere gli effetti degli attributi a ciascuno de' socj assegnati nella formazione del contratto. Che se posteriormente alla formata società venga l' uno de' socj incaricato dell' amministrazione, esso non può altrimenti riguardarsi che come un semplice mandatario in rapporto agli altri socj, che possono a loro piacere rivocare il mandato.

» ratamente tutti gli atti di quest' ammini-
» strazione. » *Ibid. art.* 1857

» Quando siasi pattuito che *uno degli*
» *amministratori non possa fare cosa alcu-*
» *na senza dell' altro*, un solo non potrà,
» *senza una nuova convenzione*, agire in
» assenza dell' altro, *quantunque questi fosse*
» *nell' attual impossibilità di concorrere agli*
» *atti dell' amministrazione*. Ibid. art. 1858.

(5) Ha luogo lo stesso rispetto a tutte le convenzioni espresse nel trattato di società.

» Se i socj hanno convenuto di rimet-
» tersi all' arbitramento di uno di essi o di
» un terzo per determinare le porzioni,
» quest' arbitramento non potrà impugnarsi
» *che nel caso in cui sia evidentemente con-*
» *trario all' equità* (10).

---

(10) Magistrali al proposito sono le decisioni de' giureconsulti Proculo e Paolo nelle ll. 76, 77, 78 e 79, D. *pro soc.* — *Societatem mecum coisti ea conditione, ut Nerva amicus communis partem societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse. Quaeris utrum ratum id iure societatis sit an nihilominus ex aequis partibus socii simus? existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus*

» Non è ammesso alcun riclamo a que-
» sto riguardo, quando sono trascorsi più
» di tre mesi dal giorno in cui il socio,
» il quale si pretende leso, ha avuto noti-
» zia dell'arbitramento, o *quando dal suo*
» *canto ha incominciato ad eseguirlo.* » Ib.
art. 1854.

Applicazione della seconda regola, al caso non preveduto dal trattato di società.

(1) » Quando uno dei socj sia creditore
» per suo conto particolare di una somma

---

quas is constituisset, an ex his, quas virum bonum constituere oportuisset: arbitrorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus; quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est: alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat; etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat. Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat. In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse: eo magis quod judicium pro socio bonae fidei est. Unde si Nervae arbitrium ita parvum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei.

» esigibile verso di una persona che è pa-
» rimenti debitrice alla società di una som-
» ma esigibile, deve imputarsi ciò che ri-
» ceve dal debitore, sul credito della so-
» cietà e sul proprio nella proporzione dei
» due crediti; *ancorchè colla quitanza a-*
» *vesse fatta l'intiera imputazione sopra il*
» *suo credito particolare.*

» Ma se avrà dichiarato nella quitanza;
» che l'imputazione sarà fatta intieramente
» sul credito della società, questa dichia-
» razione sarà eseguita. » *Ib. art.* 1848.

Per una conseguenza di quella specie di fratellanza che esiste fra i socj, ciascuno dei medesimi può fare il bene di tutti, col sacrificio dei suoi particolari interessi; ma egli non può fare il suo vantaggio a loro pregiudizio.

» Quando uno dei socj abbia ricevuta
» l'intiera sua porzione di un credito co-
» mune, ed il debitore diventi dopo insol-
» vibile, questo socio dovrà conferire nel-
» la massa ciò che ha ricevuto; (diversa-
» mente non vi sarebbe più eguaglianza)
» *quantunque avesse rilasciato la quitanza*

» *specialmente a sconto della sua porzio-*
» *ne.* » Ibid. art. 1849 (11).

(Conciossiachè non può creare a se medesimo un titolo.)

(2) Gli stessi principj stabiliscono la cura che ciascuno socio è tenuto ad avere della cosa comune, e le colpe di cui è responsale.

» Che la buona fede abbondi nell' ese-
» cuzione dei contratti di società. »

In societatis contractibus societatis fides exuberet. L. 3 Cod. *pro soc.*

Il socio che ha amministrato, od ha avuto in custodia tutti gli effetti della so-

---

(11) *Si cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius, et partem suam integram erit consecutus: deinde alius socius cum eodem agat, et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an hic, qui minus consecutus est, cum eo agere possit qui solidum accepit, ad communicandas partes inter eos, idest exaequandas quasi iniquum sit ex eadem societate, alium minus consequi? Sed magis est ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequatur: quae sententia habet aequitatem; l.* 63 §. 5. D. *pro soc.*

cietà od una parte di essi, è responsale della propria negligenza ogni volta che non ha adoperata nella conservazione la stessa cura che ha usata nell'amministrazione dei suoi particolari affari, o al di là; perciocchè quegli » che si è aggiunto un socio » poco attento, deve imputare a se mede- » simo la scelta che ha fatta. »

Nam qui parum diligentem socium sibi assumit, de se queri, sibique imputare debet. §. 9. Inst. *de soc.*

Le perdite che la società ha fatte per la negligenza di uno dei socj non si compensano cogli utili che questo medesimo socio ha procacciati alla società colla sua industria, *Codice civile art.* 1850; conciossiacchè le une sono la conseguenza di una colpa, della quale esso è responsale; le altre la conseguenza di un dovere ch'egli ha adempito (12).

---

(12) *Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet, quod negligentia eius periisset, quod in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset. Et hoc ex appellatione imperator pronunciavit. Et ideo si socius quaedam negligenter in societatem*

» Se le cose, il cui godimento soltanto
» è stato posto in società consistono in cor-
» pi certi e determinati che non si consu-
» mano coll'uso, restano a rischio del so-
» cio che ne è proprietario, » (il quale
sarebbe responsale dell' evizione che avesse
sofferta come venne già detto) *Cod. civ. art.* 1851.

» La cosa perisce in pregiudizio del pro-
» prietario. » *Res domino perit.*

» Se queste cose si consumano coll'uso,
» se conservandole si deteriorano, se sono
» state destinate ad essere vendute, *o se*
» *furono poste in società previa stima ri-*

---

egisset in plerisque societatem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia; ut Marcellus lib. VI Digest. scribit, l. 25 e *l.* 26. D. *pro soc.* l. 23 §. 1 *eod.* Ma se (domanda Domat) questa perdita non fosse causata da alcun dolo, o da qualunque altra maligna veduta, se fosse leggere, ed altronde il profitto considerevole, ed un puro effetto dell' industria del medesimo socio, sarebbe mai ingiusto che si ammettesse una specie di compensazione? Non dimentichiamoci che i principj regolatori della società sono più derivati da quello che dicesi *bonum et aequum* che dal rigore di diritto.

» *sultante da un inventario* , esse restano
» a rischio della società. » (La stima è
considerata come una sorta di vendita fatta
alla società : *dos aestimata* , *dos vendita* ;
» dote stimata , dote venduta. » —
Si vegga il titolo *del contratto di matrimonio.*

» Se la cosa è stata stimata, il socio non
» può ripetere che l' ammontare della sti-
» ma. *Cod. civ. ib.*

Aggiungiamo a tutte le sovraccennate regole una conseguenza che i nostri legislatori non hanno passata sotto silenzio, se non perchè eglino hanno giudicato che la medesima era scolpita nel cuore dei veri magistrati ; ella è questa la regola di equità, la quale vuole » che ogni volta che
» non si può attribuire al socio alcun do-
» lo , alcuna mala fede, egli non deve es-
» sere responsale della sua negligenza che
» fino alla concorrenza delle sue facoltà
» senza essere ridotto allo stato d' indi-
» genza. »

Hoc verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sint , sed unius rei , attamen in id quod facere pos-

sunt, quodve dolo malo fecerint quominus possint, condemnare oportere; hoc enim summam rationem habet; cum societas jus quodammodo fraternitatis in se habeat. L. 63 Dig. *pro soc.*

» Vero è quello che sembra a Sabino,
» che quand' anche la società non si riferisca a tutti i beni, ma ad una cosa soltanto, non ostante i socj non devono
» essere condannati se non in ciò che possono fare od a quello che per loro dolo o colpa si sono resi impotenti a fare;
» imperciocchè questa regola è di una grande equità, contenendo la società una
» sorte di fratellanza » (13).

---

(13) Ma dal non essersi nel Cod. civ. fatta alcuna menzione di questo così detto beneficio di *competenza*, non possiamo a meno di rilevare, che neppure i magistrati potrebbero farne alcun uso nel giudicare, sebbene questa massima veramente di tutta equità e conveniente all' idea di fratellanza dominatrice fralli soci fosse nel loro cuore scolpita, come dice l' autore. Di fatti le costumanze della Francia avevano già abolito tale benefizio, perchè non considerandosi più alcuna fraternità, si riguardava la sola comunione delle cose: *at nostrates inter socios nullam fraternitatem considerant, sed so-*

(3) Come i socj sono responsali l' uno verso l' altro del loro dolo, della loro colpa; così » un socio ha azione contro la » società, non solo per la restituzione dei » capitali sborsati a di lei conto, ma an» cora per le obbligazioni contratte di buo» na fede *per gli affari sociali, e per i* » *rischj inseparabili dalla sua amministra*» *zione.* » Ibid. art. 1852.

« Fra più socj viene formata un' impresa » di commercio. Uno di essi essendo par» tito per comperare mercanzie, venne » assalito dai ladri, e perdette anche il » danaro suo proprio; i suoi schiavi sono » stati feriti, venne spogliato egli medesi» mo di tutto ciò che possedeva. Giuliano » afferma che il danno è comune a tutti i » socj; e che perciò gli compete l' azione » risultante dal contratto di società per » farsi restituire la metà della perdita che

---

lam rerum communionem spectant, *et hinc nostris et Gallorum moribus socii in solidum conveniuntur*, *condemnantur*, *et usque ad peram executionem patiuntur.* Groenew *de leg. abrog. ad* §. 38 *inst. lib.* 4 *tit.* 6.

» ha sofferto tanto rispetto al danaro comu-
» ne, come delle altre cose che egli non
» avrebbe seco portate, se non fosse par-
» tito per comperare mercanzie per conto
» della società. Lo stesso Giuliano dimo-
» stra altresì essere cosa equa il compren-
» dere nella spesa anche ciò che l' anzi-
» detto socio può avere erogato in medici;
» dal che ne deriva che se la nave la qua-
» le non soleva contenere e trasportare al-
» tre merci che quelle della società, ha
» fatto naufragio, i due socj devono sof-
» frirne il danno. Imperocchè in quel mo-
» do che comune è l'utile, nello stesso
» modo è pure mestieri che sia comune il
» danno, il quale non è seguito per la
» colpa del socio. »

Quidam sagariam negotiationem coierunt. Alter eorum ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit; servi ejus vulnerati sunt, resque proprias perdidit. Dicit Julianus damnum esse comune; ideoque actione pro socio partem dimidiam agnoscere debere, tam paecuniae quam rerum caeterarum quas secum non tulisset socius nisi ad merces comparan-

randas proficisceretur. Sed et si quid in medicos impensum est pro parte socium agnoscere debere, rectissime Julianus probat; proinde et si naufragio quid periit cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient. Nam sicut lucrum damnum quoque comune esse oportet quod non culpa socii contigit. L. 42, §. 4 Dig. *pro soc.*

(4) » Quando la scrittura di società non determina la parte di ciascun socio nei guadagni, o nelle perdite, tale perdita sarà in proporzione di quanto ha ognuno conferito per il fondo sociale. » *Ibid. art.* 1853.

Et si quidem nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. . . . . Inst. *de soc.* §. 1.

» E quando non vi sia alcuna espressa convenzione per la divisione del guadagno e della perdita, le parti devono essere eguali . . . . »

(Vale a dire proporzionate a quello che si è conferito; conciossiachè si è questo che costituisce la vera eguaglianza.)

Disposizione nuova che impone fine ad ogni questione.

» Rapporto a quello che non ha confe-
» rito che la propria industria, la sua par-
» te nei guadagni o nelle perdite sarà re-
» golata come la parte di colui che nella
» società avrà conferita la somma minore. »
Cod. civ. ib.

(5) *Amministrazione della società, quand' essa non sia stata regolata dalla convenzione.*

1. I socj si presumono essere mandatarj l'uno dell'altro, salvo il diritto che hanno di opporsi a ciò che non è stato determinato mediante il consenso comune, *essendo le cose nel primo loro stato.* Ibid. artic. 1859 (14).

---

(14) Negli oggetti di semplice amministrazione si contiene la *cit.* disposizione del Cod. — *Si presume che i soci siansi data reciprocamente la facoltà di amministrare l' uno per l' altro.* Che se questa presunta facoltà si volesse portare ad oggetti eccedenti i limiti di un' ordinaria amministrazio;

Sabinus, in re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse; unde manifestum est prohibendi jus esse . . . . . Ut tamen opus factum tollat cogi non potest; si cum prohibere poterat, hoc praetermisit. L. 28, Dig. *communi div.*
» Sabino è di opinione che nessuno dei » socj può fare cosa veruna contro la vo- » lontà di un altro; dal che risulta mani- » festo che quest' altro ha il diritto di op- » porsi . . . . e non ostante nessuno ha il » diritto di costringere il suo socio a di- » struggere ciò che è stato fatto, quando » egli abbia trascurato di opporvisi, allor- » chè poteva. »

2. » Ciascun socio può servirsi delle co-

---

ne, non sarei lontano dall' opinare che il loro tacito mandato non bastasse per la validità degli atti relativi — *Si socius propriam pecuniam mutuam dedit, omnino creditam pecuniam facit, licet ceteri dissenserint: Quod si communem numeravit, non alias creditam efficit, nisi ceteri quoque consenserint: quia suae partis tantum alienationem habuit,* l. 16 D. *de reb. cred. Jure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sint,* l. 82 D. *pro soc.*

se appartenenti alla società, *purchè le impieghi secondo la loro destinazione fissata dall' uso, e non se ne serva contro l' interesse della società od in modo che impedisca a' suoi socj di servirsene secondo il loro diritto.* Cod. civ. *ib*

» L' azione di furto ha luogo contro quel socio, il quale con inganno e con dolo siasi impadronito della cosa comune; ovvero vi ponga mano coll' intenzion di occultarla »

Rei communis nomine cum socio furti agi potest, si per fallaciam, dolove malo amovit; vel rem communem celandi animo contractet. L. 60 Dig. *pro soc.*

» Con ragione aggiunge la legge: che l' azione di furto ha luogo contro colui solamente, che per fallacia e con dolo, s'impadronisce della cosa comune; avvegnachè non ha luogo lo stesso rispetto a quegli che ne fa uso senza dolo nè frode; e certamente havvi la presunzione che chi è proprietario in parte ed in comune di una cosa indivisa, *metta piuttosto a profitto il suo diritto*, quand' egli la prenda per servirsene, di quello che abbia l'animo determinato di rubarla. ».

Merito autèm adjectum est, ita demum furti actionem esse si per fallaciam et dolo malo amovit; quia cum sine dolo malo fecit, furti non tenetur; et sane plerumque credendum est, cum qui partis dominus est, jure potitus suo, re uti, quam furti consilium inire. L. 51 D g. *ib.*

3. » Ciascun socio ha diritto di obbligare i consocj a concorrere con esso alle spese *necessarie per la conservazione delle cose della società.* « Cod. civ. *ib.*

4. » Uno dei socj non può fare innovazioni sopra immobili dipendenti dalla società, *ancorchè le pretenda vantaggiose alla stessa*, se gli altri socj non vi acconsentano. « *Ibid.* (15).

5. » Il socio *che non è amministratore*, non può alienare nè obbligare le cose benchè mobiliari, le quali dipendono dalla società. » *Ibid. art.* 1860.

---

(15) Ecco un oggetto che eccede i limiti di un' ordinaria amministrazione. *Prohibendi potius quam faciendi ius est in socio* l. 11 D. *si serv. vind. Nam in re pari potior est conditio prohibentis* l. 28. D. *comm. divid.*

(Tutto l'esposto sopra è la conseguenza della proprietà individuale, la quale attribuisce bensì il godimento della cosa comune, ma non già il diritto di alienarla o di ipotecarla, senza il consenso dei comproprietarj. *Nemo ex sociis plus parte sua potest alienare; et si totorum bonorum socii sint*) L. 68 Dig. *pro soc.*

» Nessuno dei consocj, anche in una società formata di tutti i beni, può alienare una parte maggiore della sua individuale.

La legge aggiunge, che non è amministratore; conciossiachè in una società di commercio, per esempio, sarebbe un assurdo il non permettere all' amministratore di alienare. Non ostante però questo diritto non si estende che sopra il mobiliare, sopra le merci provenienti dall' impresa, non già sopra gl'immobili (16).

6. La società attribuisce a ciascun socio un diritto reale sulla cosa comune. Può

---

(16) Nella società di commercio la vendita delle merci, per cui fu contratta, non può non riguardarsi per un oggetto di amministrazione conseguente all' indole stessa del contratto.

quindi ognuno disporre della sua parte nella società senza il consenso dei suoi consocj; quegli però che si associa non diviene socio primitivo, *anche nel caso che l'aggregante abbia l'amministrazione*; perchè quegli non è stato accettato dagli altri, i quali non hanno per verun modo pattuito con esso lui. *Ib. art.* 1861 (17).

Che risulta egli mai da simile suddivisione? Che il socio primitivo è risponsale del fatto di quegli che ha messo a parte del suo diritto senza il consenso dei suoi consocj.

Puto omnimodo eum teneri ejus nomine quem ipse solus admisit; quia difficile est negare culpae ipsius admissum. L. 23 Dig. *pro soc.*

» Io sono di sentimento che il socio è responsale di colui che ei solo ha ammesso, senza l'adesione dei suoi consocj; perciocchè è difficile cosa il negare che non

---

(17) *Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et recte. Cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quam ego socium esse nolui. Quid ergo si socius meus eum admisit? Ei soli socius est.* L. 19 D. *pro soc.*

sia ammesso che sotto la condizione della responsabilità della sua colpa per parte di quegli che lo ha introdotto. »

IV.

Delle obbligazioni dei socj relativamente ai terzi.

Tutte le regole nel proposito, derivano da quella massima che noi abbiamo sviluppata al titolo delle eredità: *actiones ipso jure dividuntur*; » le azioni si dividono di pieno diritto. »

(1) Non ha luogo la solidarietà fra i socj rispetto ai terzi, eccetto che nelle società di commercio le quali hanno le loro regole particolari; od in virtù dell'azione ipotecaria, quando uno dei socj possegga un immobile ipotecato al debito comune; conciossiachè contro di esso può essere promossa l'azione per tutto l'anzidetto debito comune, salvo solo il suo regresso contro i suoi consocj. *Codice civile art.* 1862.

(2) » I socj sono obbligati verso il creditore con cui hanno contrattato, *ciascuno per una somma e parte eguale*, ancorchè uno di essi avesse in società una porzione minore, *se il contratto non ha specialmente ristretta l' obbligazione di questi in ragione di quest' ultima porzione.* » Ibid. art. 1863.

Salvo ad indennizzarsi fra loro, nella divisione della società; questi particolari concerti sono riguardo ai terzi. *Res inter alios acta.*

E' questa la conseguenza dei principj stabiliti al n. III. (18).

---

(18) Quando le obbligazioni a carico della società sieno state regolarmente contratte, i soci verso i singoli creditori non possono riguardarsi obbligati solidariamente, perchè in essi l' obbligazione non è tanto inerente alla persona, quanto al carattere di socio, e quindi corrispondente alla quota di ciascuno nella società. Ma siccome i terzi creditori potrebbero allegare una giusta ignoranza delle particolari convenzioni sulle ineguali porzioni de' soci nella società; e d' altronde potrebbesi perciò illudere facilmente alla buona fede de' contraenti, trovo saviamente stabilito che ciascuno de' soci s' intenda obbligato per una somma e parte eguale, quando nel contratto non fosse specialmente ristretta l' ob-

V.

Delle differenti maniere, colle quali ha termine una società, e della divisione che ne risulta.

„ La società finisce :

„ 1. Per lo spirare del tempo per cui fu contratta.

„ 2. Per l' estinzione della cosa o per il compimento della negoziazione ;

---

bligazione ad una minore porzione. Nelle società di commercio la loro indole reclamava necessariamente una diversa disposizione, per cui doveva più facilmente adottarsi la solidarietà dell' obbligazione : anzi basta ad indurla che l' uno de' soci abbia sottoscritto il chirografo per la *compagnia*. Mancando poi una speciale facoltà, che fosse accordata ad uno de' soci, questi non può obbligare gli altri, eccetto che l' oggetto dell' obbligazione si fosse convertito in vantaggio della società. In questo caso l' obbligazione sociale nasce dalla cosa stessa (*obligatio ex re*) cioè da quel principio di equità che nessuno deve farsi ricco sull' altrui perdita : *nemo cum aliena jactura locuples fieri debet*.

» 3 Per la morte naturale di alcuno dei soci;

» 4. Per la morte civile, per l' interdizione, o per il fallimento di alcuno di essi;

» 5. Per la volontà espressa da uno o più socj di non volere continuare la società; » *Codice civile art.* 1865.

Al numero 1. di questo titolo si è rimarcato, che uno dei caratteri che distinguono la società convezionale dal quasi contratto costituito dalla sola indivisione di una cosa comune, consiste nella scelta delle persone colle quali si forma la società convenzionale; e nel suo scioglimento necessario in conseguenza della morte naturale o civile di uno dei soci.

Ha luogo lo stesso in tutti i casi nei quali uno dei socj o manchi alle obbligazioni da esso contratte, o si trovi nell'impossibilità di adempirle. Questo scioglimento non si effettua *ipso jure*, ma deve essere pronunciato dal giudice.

Publicatione . . . . . . distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur; nam cum in ejus locum

alius succedat, pro mortuo habetur. Inst. de soc. §. 7.

» La società è disciolta per la spropriazione e vendita pubblica dei beni di un socio; s'intende quando riferiscasi a tutti i di lui beni; perciocchè quando un' altro subentri in sua vece, si considera come morto. »

Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit . . . . solvitur societas; sed hoc casu, si adhuc consentiunt in societatem, nova videtur incipere societas. Ib. §. 8.

» Similmente se uno dei socj aggravato dai debiti cede i suoi beni. . . . la società è sciolta. In questo caso se i socj continuano nella stessa volontà, » (ciò che può accadere, quando l' industria del socio fallito sia loro preziosa) » pare aver principio una nuova società »

E' ad osservarsi la stessa massima in causa dell' interdizione, tanto a motivo di demenza quanto a motivo di prodigalità ed in allora il diritto è comune ai socj del pari ed al curatore dell' interdetto per addimandare lo scioglimento della società.

Sancimus veterum dubitatione remota licentiam habere furiosi curatorem dissolvere, si maluerit societatem furiosi, et sociis licere ei renunciare L. ult. C. *pro soc.*

» Senza aver riguardo alle sottigliezze degli antichi, noi ordiniamo che sarà permesso al curatore del furioso di sciogliere la società, se lo vuole, e di rinunciarla ai socj del furioso. »

» Non può essere domandato da uno dei socj lo scioglimento della società a tempo determinato *prima che sia spirato il termine stabilito*, se non quando vi siano dei giusti motivi, come *nel caso che uno dei socj mancasse ai suoi impegni*, o *che una malattia abituale lo rendesse inabile per gli affari sociali* o in altri casi consimili, *la legittimità e gravità dei quali sono lasciate all' arbitrio dei giudici.* » Codice civile artic. 1871.

(1) Lo scioglimento della società per essere spirato il tempo per cui la stessa era stata contratta, a causa dell'estinzione della cosa che forma l' oggetto dell' associazione, a motivo della consumazione della negoziazione, rientra nella prima parte della

suddivisione che noi abbiamo fatta al num. III. dei principj che regolano il trattato di società; *tutto ciò che le parti hanno stipulato nel contratto di società, tutto ciò che è stato l'oggetto delle loro convenzioni, che non è contrario nè alle leggi, nè ai buoni costumi, deve essere eseguito.*

Quando una società particolare è stata formata per un tempo determinato, essa è sciolta di diritto spirato il detto termine.

Quando è consumata l' impresa per la quale venne formata la società, questa finisce per effetto della stipulazione.

La prorogazione del tempo limitato „ è una nuova società. " *Nova videtur incipere societas*, dice il §. 8 inst. sopra citato. „ Questa prorogazione non può quindi essere provata che per mezzo di scrittura rivestita delle stesse forme del contratto sociale. " *Cod. civ. art.* 1866.

L'estinzione della cosa che è stata l' oggetto della società produce lo stesso effetto. *Neque enim ejus rei quae jam nulla sit, quisquam socius est, neque ejus quae consecrata publicave sit.* L. 63, §. ult. Dig. *pro soc.*

„ Imperocchè nessuno può essere associato nella proprietà di una cosa, la quale sia stata consacrata o destinata all' uso pubblico. " E non ostante questa sorta di scioglimento della società esige alcune distinzioni.

„ Quando uno dei socj ha promesso di mettere in comunione la proprietà di una cosa; se questa viene a perire prima che sia stata realmente conferita, ciò produce lo scioglimento di tutta la società *riguardo a tutti i socj.* " Cod. civ. art. 1867.

(Poichè in tale caso o la società non ha più verun oggetto, se la detta cosa ne era la base, o non vi ha più collazione per la parte di questo socio.)

„ La società resta sciolta egualmente in qualunque caso per la perdita della cosa, *quando il solo godimento siasi posto in comunione*, e che la proprietà sia rimasta presso del socio. " *Ibid.*

(E' questa la conseguenza della massima *res domino perit*, „ la cosa perisce in pregiudizio del proprietario. "

„ Ma la società non è sciolta *per la perdita della cosa, la cui proprietà fu già conferita nella società.* " Ib.

(Perciocchè in simile caso il socio proprietario ha soddisfatto il suo debito; egli non deve sopportare che la sua parte proporzionata del danno comune.)

(3) La società è uno di quei contratti che si formano col solo consenso, ella quindi viene disciolta dalla contraria volontà: *quid tam naturale est quam res dissolvi eodem modo quo colligatae sunt*, dicono le leggi romane.

„ Non havvi cosa più naturale di quella di sciogliere le obbligazioni nello stesso modo con cui le medesime si sono formate. „

Diximus dissensu solvi societatem; hoc est si omnes dissentiunt. L. 63 §. 3 Dig. *pro soc.*

» Noi abbiamo detto che la società restava sciolta da una contraria volontà; *ciò che deve intendersi se tutti dissentono.* »

E ciò non pertanto le instituzioni portano, che » la società sussiste finchè tutti i socj persistano nel loro consenso; ma che la rinuncia di un solo basta per isciogliere la società. »

Manet societas eo usque donec in eodem con-

consensu perseveraverint. At cum aliquis renuntiaverit societati solvitur societas. Inst. *de soc.* §. 4.

L' enunciata massima non si riferisce che al caso, in cui *le cose sono nella loro integrità* all' epoca della rinuncia.

Le stesse non lo sono quando la società ha un' epoca limitata; conciossiachè siffatta convenzione contiene l' obbligazione di continuare nella società fino al termine fissato.

» Lo scioglimento della società per volontà di una delle parti *ha luogo soltanto in quelle società la cui durata sia senza limite*, e si effettua mediante una rinunzia notificata a tutti i socj, purchè tale rinuncia sia fatta in buona fede, e non fuori di tempo. » *Cod. civ. art.* 1869.

» La rinuncia non è di buona fede, quando il socio rinuncia per appropriarsi in particolare il guadagno che i socj si erano proposti di ottenere in comune. » *Ibid. art.* 1870.

Le leggi romane ci somministrano in questo punto un' esempio rimarchevole.

» Noi abbiamo detto che viene sciolta

la società, quando (universalmante) dissentano i socj. Che seguirà egli mai se uno solo cambia volontà? Cassio scrisse che quegli che rinuncia alla società, libera i suoi consocj dalle obbligazioni contratte verso di se, ma che non libera se medesimo. Tale massima è certamente da osservarsi allorchè la rinuncia sia fatta con dolo. Esempio: avendo contratta una società di tutti i beni, „ (presenti e futuri; la qual cosa aveva luogo nel diritto romano, e resta proibita dal nuovo Codice. *Si vegga* il numero 1. sovr' esposto) » l'uno di noi a cui è pervenuta una eredità, rinuncia per questo motivo. Se la eredità è più dannosa che utile, il medesimo ne sopporterà solo tutta la perdita; quanto al vantaggio, sarà obbligato a dividerlo coi suoi consocj in conseguenza dell'azione *a favore del socio.* »

Diximus dissensu solvi societatem, hoc ita si omnes dissentiant. Quid ergo si unus renunciet? Cassius scripsit eum qui renuntiavit societati, a re quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est si dolo malo renuntiatio facta sit; veluti si cum omnium bo-

norum societatem inissemus, deinde cum evenisset uni haereditas, propter hoc renuntiavit. Ideoque si quidem damnum attulerit haereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit; commodum autem communicare cogetur actione pro socio. L. 63 §. 3. Dig. *pro socio.*

(La rinuncia) » è fatta fuori di tempo quando le cose non sono più nella loro integrità e che l' interesse della società esige che ne venga differito lo scioglimento. » *Codice civile art.* 1870.

Altro esempio estratto dalle leggi romane derivato da quel vergognoso commercio di schiavi che la dolcezza della cristiana morale non aveva abolito; a motivo che la medesima non si permette di recare il menomo sconcerto all' esteriore regime degli stati, che essa riguarda come l' ordine di quella provvidenza universale che dispone gl' imperi.

Labeo posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore quo interfuit societati non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione. Nam si emimus mancipia inita societa-

te, deinde renunties mihi eo tempore quo vendere mancipia non expedit; hoc casu quia deteriorem meam causam facis, teneri te pro socio, judicio. L. 65. §. 5. Dig. *pro soc.*

» Negli ultimi suoi libri Labeone ha scritto, che quando uno dei socj abbia rinunciato alla società in un tempo in cui era dell' interesse del suo socio che non venisse sciolta la società, quegli si espone all' azione in favore del socio. Imperocchè se trovansi formare parte della nostra società degli schiavi, e che tu in seguito rinuncii alla società in un tempo in cui non era opportuno alla vendita degli schiavi, in questo caso tu l' esponi ad una condanna per danni ed interessi in virtù dell' azione *a favore del socio*, perchè ha pregiudicato i miei interessi. »

Divisione della società.

» Sono applicabili alle divisioni tra socj le regole concernenti la divisione dell' eredità, la forma di tale divisione e le obbligazioni che risultano tra i coeredi. „ *Codice civile art.* 1872.

Società di commercio.

„ Le disposizioni del presente titolo non si applicano alle società di commercio che in quei casi i quali non sono in verun modo contrarj alle leggi ed usi commerciali. “ *Ibid. art.* 1873.

TITOLO XV.

Del prestito e della concessione precaria.

Corrispondente ai titoli V. e VI. del libro primo delle leggi civili di Domat.

Siccome vi è un doppio usufrutto; quello delle cose, delle quali il solo godimento procura dei reali vantaggi al possessore, e quello delle cose da cui il possessore non può ritrarne alcun vantaggio, che alienandole o consumandole, il quale dalle leggi romane viene denominato per questa ragione, quasi usufrutto: *senatus non fecit quidem earum rerum usufructum, (nec enim poterat) sed per cautionem quasi-usumfructum constituit*. Inst *de usuf.* §. 3 » Il senato non ha stabilito l'usufrutto di dette cose, (perciocchè non poteva farlo) mediante però la cauzione da esso esatta ne ha costituito un quasi usufrutto. " Quindi l' imprestito propriamente detto che le leggi romane chiamano *commodatum*, „ comodato „ dal quale risulta un possesso *precario*

delle cose che non si consumano coll' uso, differisce essenzialmente dal *mutuum* che si riferisce alle cose fungibili dalle quali chi prende ad imprestito non potrebbe trarne il menomo vantaggio, se il prestatore non gli trasmettesse il diritto di consumarle o di alienarle. Ella è questa l'etimologia della parola *mutuum, quasi ex meo tuum*. Inst. *quib. mod. re contr. obl. in princ.*; » rendendo tuo ciò che era mio. «

Alla sez. II, § I. del titolo *delle cose*, io ho sviluppato le sottigliezze scolastiche adottate senza distinzione dall' antico diritto francese le quali aveva prodotte tra di noi una tale distinzione, fondata sulla natura, la stravaganza e le contraddizioni che esse avevano introdotte nell' antica nostra legislazione, la quale in questa parte era più rigorosa dello stesso diritto canonico, da cui traeva la sua origine, ed il quale, quantunque proscrivesse in generale qualunque stipulazione d' interesse della somma o della cosa imprestata in conseguenza del contratto denominato *mutuum*, ammetteva ciò non pertanto due eccezioni analoghe ad una podestà che esercita la sua autorità

sopra le coscienze, ma troppo vaghe, troppo suscettibili di frodi per essere ammesse nell' ordine civile; Questo è quello che dai canonisti era chiamato *lucrum cessans*, » cessazione di guadagno; » *vel damnum emergens*, » o danno incorso per l'alienazione che il prestatore fa della somma o della cosa imprestata, coll'obbligo di restituirgli un simile valore all' epoca convenuta. »

Altro quindi non mi rimane che di applicare gli stabiliti principj alle disposizioni del nuovo Codice.

Questo poi si è quello ch' io mi propongo di fare, dopo avere paragonate le nuove leggi francesi alle leggi romane, in ciò che concerne il vero imprestito, o quella precaria concessione delle cose che non si consumano coll' uso.

» L'imprestito è di due specie.

» Quello delle cose, di cui si può far uso senza consumarle,

» E quello delle cose che si consumano coll' uso.

» La prima specie si chiama *imprestito ad uso* ossia *comodato*;

» La seconda si chiama *imprestito per consumo o mutuo* » Codice civile art. 1874.

I.

Della natura dell'imprestito ad uso, e della concessione precaria.

(1) „ L'imprestito ad uso, o sia comodato è un contrato per cui una delle parti consegna all'altra una cosa perchè se ne serva, (durante un determinato tempo, o per un determinato uso) coll' obbligo a colui che la riceve di restituirla dopo che se ne sarà servito. " *Ibid.* art. 1875.

Io ho aggiunto, con Domat, queste parole: *durante un determinato tempo, o per un determinato uso*, che indicano la differenza tra l'imprestito ad uso e la concessione precaria.

„ Il comodato è essenzialmente gratuito. " *Codice civile art.* 1876.

„ Se vi fosse prezzo, sarebbe ciò un nolo. "

Alioquin, mercede interveniente, locatus tibi usus videtur. Inst. §. 2. *Eod.*

Comunemente il detto comodato non ha per oggetto che l' interesse di quegli che prende in imprestito; e non ostante le leggi romane ci presentano alcuni esempj nei quali il comodato ha per oggetto l'interesse delle due parti; come se venne data ad imprestito dell' argenteria per un convito, che le medesime si sono proposte di dare ad un amico comune; è questo il caso della legge 18. *in princ.* Dig. commod. *vel contra*; qualche volta ancora per l'interesse soltanto del prestatore. L. 5, §. 10. *eod*; eglino servono a determinare, come tra breve l' osserveremo, l' importanza delle colpe delle quali può essere responsale chi prende ad imprestito. —

Non ha luogo lo stesso *rispetto alla concessione precaria*, l' unico oggetto della quale si è l' interesse di chi prende in imprestito, a di cui istanza, come appare dalla sola denominazione, il prestatore si priva della cosa che gli appartiene, senza fissazione di epoca per la restituzione, senza destinazione particolare, se si eccettui quella che risulta dalla natura dell' oggetto prestato.

Precarium est quod precibus, utendum conceditur, tandiu, quandiu is qui concessit patitur. L. 2 Dig. *de prec.*

„ Il precario è quello del quale si concede ad alcuno, *dietro sua istanza*, l'uso *pel tempo che piacerà al proprietario.* „

E' per questo motivo che i notaj, per indicare la separazione dell' usufrutto dalla nuda proprietà che costituisce l'usufruttuario procuratore del proprietario nell' esercizio dei suoi diritti, si servono di questa formola *a titolo di costituto e di precario*, quantunque ciò sia impropriamente, poichè l'usufrutto si estende ordinariamente a tutta la vita dell' usufruttuario e non finisce almeno che ad un' epoca determinata dal contratto.

(2) *Ait praetor: Quod quis commodasse dicetur de eo judicium dabo. L.* 1. *Dig. commod. vel contra.*

» Dice il pretore: *Tutto ciò di cui* (gratuitamente) *ne sarà stato concesso l' uso, io obbligherò il comodatario a restituirlo.* »

Lo che comprende « le cose mobiliari ed immobiliari, » *rem mobilem, rem soli;* »

la semplice abitazione » quando essa non sia locata o conceduta gratuitamente per un tempo fissato, *habitationem*. Ibid. I bestiami, quantunque della medesima specie, benchè il numero ne determini il valore, carattere distintivo del *mutuum* e del *commodatum* a termini del testo delle instituzioni, *Mutui datio in iis rebus consistit quæ pondere, numero, mensura consistunt.* Inst. *ibid.* » Il *mutuum* ha luogo nelle cose il valore delle quali viene determinato dal loro peso, numero, misura; altre circostanze però oltre il numero concorrono in questa materia a fissare detto valore, il possessore ne conseguisce altri vantaggi oltre quelli che risultano dalla vendita e dal consumo: Essi dunque sono compresi nell' imprestito ad uso, ossia comodato.

» Tutto ciò che è in commercio e che non si consuma coll' uso può esser l'oggetto di questo contratto. » *Codice civile art.* 1878 (19)

---

(19) *Non potest commodari id, quod usu consumitur: nisi forte ad pompam vel ostentationem quis accipiat.* L. 3 §. *ult.* D. *cum saepe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant.* L. 4 *eod.*

» Non possono darsi a mutuo cose le quali, *benchè della medesima specie*, sono però diverse nell'individuo, come sono *gli animali*; in tal caso il contratto non è che comodato. » *Ibid. art.* 1894.

Rei commodatæ et possessionem et proprietatem retinemus. L. 8. Dig. *commod.*

„ Noi riteniamo e la proprietà ed il possesso (dalle mani del comodatario) della cosa la quale forma l' oggetto del comodato.

„ Il comodante ritiene la proprietà della cosa imprestata. " *Codice civile*, *art.* 1877.

Per una conseguenza necessaria, il comodante trasmette il diritto di proprietà ai suoi eredi;

Il comodatario l'obbligazione di restituire, ed anche il diritto di ritenere la cosa imprestata fino all' epoca convenuta.

» Le obbligazioni che si contraggono in forza del comodato passano negli eredi del comodante, e del comodatario.

» Se però l'imprestito è stato fatto a contemplazione del comodatario, *ed a lui solo personalmente*, i suoi eredi non possono continuare a godere della cosa imprestata. » *Ibid. art.* 1879.

E' di tale natura la concessione precaria; perciò essa finisce colla morte del prestatore.

Precarii rogatio ita facta, quoad is qui dedisset, vellet, morte ejus tollitur. L. 4. Dig. *locat. conduct.*

» La dimanda dell' uso precario sotto questa condizione che l' imprestito non durerà se non fino a che il prestatore continuerà nella stessa volontà, resta estinta colla morte del prestatore. »

(4) Il comodato dalle leggi romane è annoverato tra quei contratti che non hanno effetto che colla tradizione della cosa. Infatti quale cosa mai potrebbe esigere colui che non avesse in suo favore che una semplice promessa di restituire, se la cosa non è stata consegnata?

Is cui res aliqua utenda datur, id est, commodatur, re obbligatur et tenetur commodati actione. Inst. §. 2. *Quibus mod. re contr. obligatio.*

» Quegli che ha ottenuto l' uso di una cosa per effetto del comodato, è obbligato dalla cosa ed è esposto all' azione risultante dal comodato,

II.

Delle obbligazioni del comodatario, e della premura ch' egli deve avere della cosa comodata.

(1) Il comodante rimane proprietario della cosa imprestata mediante il *comodato*; quindi il danno sopravvenuto da un caso fortuito è a suo carico. Ognivolta che il comodatario non l' ha impiegata in usi diversi da quelli ai quali essa era destinata, e che non si può rimproverargli alcuna colpa, alcuna negligenza, *res domino perit*, » la cosa perisce in pregiudizio del proprietario. » (20).

La predetta regola non ammette che una sola eccezione, la quale ha luogo nel caso

---

(20) *Si commodavero tibi equum, quo契uteris usque ad certum locum, si nulla culpa tua interveniente, in ipso itinere deterior equus factus sit, non teneris commodati: nam ego in culpa ero, qui in tam longum iter commodavi, qui eum laborem sustinere non potuit.* L. *ult.* D. *com.*

in cui la cosa è stata stimata al tempo del prestito. *Codice civile art.* 1883

(L' anzidetta eccezione ha luogo non perchè la stima ne trasmetta la proprietà al comodatario; come essa trasferisce al marito la proprietà della dote di sua moglie; *dos aestimata, dos vendita* » dote stimata, dote venduta. » *Veggasi* al titolo *del contratto di matrimonio*. Una tale supposizione sarebbe contraria alla natura del *comodato*; ma è in causa della presunzione legale che il comodante non ha esatta la stima della cosa data ad imprestito se non per rendere responsale il comodatario di tutti gli avvenimenti.

Si forte res aestimata data sit omne periculum praestandum ab eo qui aestimationem se praestaturum recepit. L. 5. §. 3. Dig. *commod.*

» Se per avventura è stata consegnata una cosa stimata, tutti i pericoli ai quali la medesima può essere esposta sono a carico di quegli che l' ha ricevuta con promessa di restituire la cosa nella sua integrità od il valore della relativa fattane stima. »

. . . . . *Aut ipsam rem incorruptam, aut aesti-*

aut aestimationem de qua convenit. L. 1 §. 1. *De aestimat.*

Epperò l'eccezione di cui trattasi non ha luogo ogni volta *che vi sia convenzione in contrario.* Cod. civ. ib.

(2) Per una conseguenza degli enunciati principj, la deteriorazione sopravvenuta è a carico del comodante senza il fatto del comodatario in vista del solo impiego della cosa imprestata all'uso, cui la medesima era destinata; diversamente il beneficio sarebbe illusorio.

Eum qui rem comodatam accepit, si in eam rem usus est in quam accepit, nihil praestare, si eam in nulla parte culpa sua deteriorem fecit, verum est. . . . . L. 10 Dig. *commod.*

» E' certo che il comodatario non è tenuto al risarcimento di alcun danno, se il medesimo ha impiegata la cosa nell' uso, pel quale l'aveva ricevuta, e se la medesima non ha sofferto alcun deterioramento in alcuna parte per sua colpa. . . . . »

Non ha luogo la sovra stabilita massima, se il comodatario ha impiegata la cosa imprestata in usi diversi da quelli ai quali la

stessa era destinata dalla natura o dalla convenzione, o s' egli ha differito di restituirla al comodante nel termine fissato dalla convenzione.

Nam si culpa fecit deteriorem tenebitur. Ibidem.

» Avvegnachè se la cosa ha deteriorato per sua colpa, sarà responsale del danno. »

Simili abusi dalle leggi romane vengono qualificati di furto.

» Se io ti ho dato in imprestito il mio cavallo per condurti alla tua casa di campagna, e che tu l'abbi condotto alla guerra, tu sarai responsale della sua perdita. »

Si equum commodavero ut ad villam adduceres, tu ad bellum duxeris, commodati teneberis. L. 5. § 7. Dig. *commod.*

» Quegli che si serve della cosa comodata per un uso diverso da quello a cui ella è destinata, non solamente è responsale della stessa, ma commette un furto. »

Qui alias re commodata utitur, non solum commodati, verum furti quoque tenetur. L. 8. § 7 Dig. *commod.* Codice civile art. 1881 1882.

(3) Il prestito o comodato di sua natura è gratuito.

Il comodante consegna la cosa nello stato in cui trovasi all'atto del prestito.

Il comodatario non potrà quindi ripetere le spese che egli fosse stato obbligato di fare per mettere la cosa comodata in istato di essere impiegata negli usi a cui la natura o la convenzione la destinano. *Ibidem* art. 1886.

Riunendo quest'articolo del nuovo Codice all'articolo 1887, concernente *le obbligazioni di colui che impresta ad uso*, noi avremo i veri principj della materia, tali quali essi trovansi esposti nelle leggi 18, dig. *commod*, *et* 8, *de pig. act.* i quali si applicano al comodato degli schiavi. Fra di noi si deve dire lo stesso di quello degli animali domestici.

L'enunciate leggi distinguono due specie di spese. Le spese ordinarie, vale a dire, il nutrimento dello schiavo o dell'animale dato ad imprestito, la cura, i medicamenti in causa delle sopravvenute malattie per effetto della sola fatica, sono pure a carico del comodatario, quantunque non

v' abbia avuto luogo la menoma sua colpa. Le spese straordinarie, ossia quelle occasionate dalla fuga dello schiavo o dell' animale imprestato senza che siavi colpa per parte del comodatario, dalla sua ricerca, dalle malattie gravi derivate da un vizio interno organico, sono a carico del comodante proprietario.

Possunt justæ causæ intervenire ex quibus cum eo qui commodasset agi deberet, veluti de impensis in valetudinem servi factis, quæve post fugam requirendi, reducendique ejus causa factæ essent.

Nam cibariorum impensæ naturali scilicet ratione ad eum pertinent qui utendum accepisset.

Sed et id quod de impensis valetudinis aut fugæ diximus ad majores impensas pertinere debet.

Modica enim impendia verius est, ut sicuti cibariorum, ad eumdem pertineant. L. 18. § 2. *commod.*

» Possono esservi delle cause giuste per cui il comodatario debba agire contro il comodante; come sarebbe a motivo delle spese fatte per la salute dello schiavo, per

avere di lui notizia, per ricondurlo dopo la sua fuga.

Imperciocchè basta la sola ragione per far conoscere che le spese che concernono il suo alimento, appartengono a quegli che lo ha ricevuto per suo uso.

E così ciò che noi abbiamo detto delle spese fatte pel ristabilimento della sua salute, o per ricondurlo dopo la sua fuga, devono considerarsi come spese considerevoli straordinarie.

Conciossiachè è cosa assai più vera il dire che le tenui spese, come sono quelle che concernono il cibo, appartengano al comodatario.

Se durante l'imprestito è stato obbligato il comodatario per conservare la cosa, ad incontrare qualche spesa straordinaria, di necessità, e urgente in modo da non poterne prevenire il comodante, questi sarà tenuto a farne il rimborso. » *Codice civile*, *articolo* 1890.

(4) Se un'incendio, una ruina minacciano la cosa imprestata e la sua propria, quale mai delle due dovrà anteporre il comodatario ? — La cosa presa in imprestito, risponde la legge romana.

Si incendio, vel ruina aliquid contigit; vel aliquid damnum fatale non tenebitur; nisi forte cum posset res commodatas salvas facere, suas praetulit. L. 5, §. 4. Dig. *commod.*

» Se accade qualche cosa a motivo di un incendio, o di altro danno che dipende unicamente dalla fortuna, egli non sarà responsale, *purchè potendo salvare le cose che gli erano state prestate, egli non abbia preferite le cose sue proprie.*

Se la cosa imprestata perisce per un caso fortuito, a cui il comodatario l'avrebbe potuta sottrarre, surrogando la propria, o se non potendo salvare che una delle due, ha preferita la propria, *egli è risponsabile per la perdita dell'altra.* » *Codice civile, articolo* 1882.

Per una ragione più forte ancora il comodatario non può ritenere la cosa avuta in prestito come un pegno di ciò che gli potesse essere dovuto dal comodante. (Sarebbe la stessa cosa che cambiare la natura del contratto, convertirlo in una sicurtà che non sarebbe stata stipulata.)

» Il comodatario non può ritenere la co-

sa imprestata in compensazione di ciò che il comodante gli deve. » *Cod. civ. art.* 1885.

(4) A quale cura è egli tenuto il comodatario?

In questo punto le leggi romane contengono alcune contraddizioni.

Regola generale.

In ogni atto sinallagmatico, si considerano tre ipotesi possibili. O il contratto non ha per oggetto che l'interesse di colui che dà, ed allora quegli che riceve non è responsale che del suo dolo, o di una mancanza sì grave che essa equivalga al dolo, e lo faccia presumere.

O il contratto ha per oggetto l'interesse delle due parti; e quegli che riceve è responsale e del suo dolo, e di una mancanza di tale natura, che non l'avrebbe commessa un padre di famiglia di una mediocre esattezza; di una cura tale a quella che esso suole usare nell'amministrazione dei suoi proprj affari.

O il contratto non ha per oggetto che l'interesse di colui che riceve; ed in tale caso è responsale e del suo dolo, e della colpa la più grave che non avrebbe commessa un padre di famiglia di un'estrema esattezza,

La legge romana osserva questa distinzione relativamente al comodato.

Questo contratto, puramente gratuito, ordinariamente non ha per oggetto che il vantaggio del comodatario; perciò la legge lo assoggetta in questo caso » alla più stretta esattezza » *exactissimam diligentiam.*

Exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur; nec sufficit eamdem diligentiam adhibere quam suis rebus adhibet, si alius diligentior custodire potuerit. L. 1. §. 4. *De obl. et act.*

» (Il comodatario) deve far uso della massima cura nel custodire la cosa che gli è stata confidata; e non basta che adoperi la stessa cura che egli ha per costume di avere nei suoi proprj affari, se un altro più esatto ed attento avesse potuto esservi impiegato. »

At is qui utendum accepit, sane quidem exactam diligentiam custodiendae rei praestare debetur; nec sufficit ei tantam diligentiam adhibuisse, quantam suis rebus adhibere solitus est, si modo alius diligentior poterat rem custodire. Inst. *quib. mod. re cont. obligatio* §. 2.

» Quegli però a cui è stato concesso e deferito l' uso di una cosa, è obbligato alla più scrupolosa esattezza nella custodia della cosa imprestata; e non basta che abbia fatto uso di una cura eguale a quella che egli suole adoperare nei suoi proprj affari, se un altro più diligente poteva custodirla. »

Si tratta egli di un comodato che abbia per oggetto l'interesse delle due parti? La legge è meno severa.

Si utriusque (gratia commodata sit res) scriptum quidem apud quosdam invenio, quasi dolum tantum praestare debeat, sed videndum ne et culpa praestanda sit. . . . L. 18 dig. *commod.*

» Se il comodato è stato fatto per l'interesse delle due parti, io trovo scritto da alcuni (dice il giureconsulto) che il comodatario non è responsale che del suo dolo, ma trattasi di esaminare se non è altresì responsale della sua colpa. . . . »

Quando, infine, il comodato non ha altro oggetto che l'interesse del comodante, le stesse leggi decidono che il comodatario non è tenuto che del suo dolo, o di una colpa tanto grave che lo faccia presumere.

Interdum tamen dolum solum in re commodata qui rogavit praestabit: ut puta si quis ita convenit, vel si sua dumtaxat causa commodavit. L. 5 §. 10 dig. *commod.*

Lata culpa plane dolo aequiparabitur. L. 1 §. 1 dig. *si mens. fals. mod. dix.*

» Non ostante, vi sono de' casi nei quali il comodatario è responsale soltanto del suo dolo, se così è stato convenuto; o che quegli che ha fatto il prestito non l'abbia fatto che per suo proprio vantaggio. »

» La grave colpa è pareggiata in tutto al dolo. »

Tale si è la purezza delle regole stabilite dalle leggi romane in materia del comodato.

E non ostante, nel *precario*, che non è giammai accordato che per l'interesse del comodatario, che non ha alcun termine fisso, un'altra legge decide che il possessore precario non è tenuto a sottostare che al suo dolo, e lascia come in dubbio se è tenuto della sua colpa; e la ragione che ella porta, è quella stessa che sembrerebbe dovere renderlo responsale della mancanza la più tenue; che la precaria con-

cessione è una pura liberalità del comodante.

Dolum solum praestat is qui praecario rogavit; cum tantum hoc ex liberalitate descendat ejus qui concepit: et satis sit si dolus tantum praestetur. Culpam dolo proximam contineri quis merito dixerit. L. 8 §. 3 dig. *de praec.*

» Quegli che possiede precariamente ciò che gli è stato concesso, perciocchè lo ha domandato, non è responsale che del suo dolo; poichè il tutto è l'effetto della liberalità del comodante, ed è sufficiente ch'ei sia responsale del detto suo dolo. Alcuno potrà dire con giustizia, che la colpa che si avvicina dippiù al dolo, vi è compresa (in quelle espressioni dell'editto del pretore. »)

Il nuovo Codice proscrive tali sottigliezze.

» Il comodatario è tenuto *ad invigilare da buon padre di famiglia* alla custodia ed alla conservazione della cosa imprestata. »

Egli non può servirsene che per l'uso determinato dalla natura della cosa o dalla convenzione, sotto pena della rifusione dei danni ed interessi, ove siavi luogo. » *Codice civile art.* 1880.

» Se più persone hanno unitamente presa ad imprestito la stessa cosa, ne sono *solidariamente* risponsabili al comodante. » *Ibid. art.* 1887.

Perciocchè essendo il comodato un contratto che si forma « colla tradizione della cosa » *re ipsa*; come parlano le leggi romane, tutti i comodatarj sono collegati *dalla cosa medesima*, da cui risulta la solidarietà. (21)

---

(21) *Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scripsit lib. VI. Dig., quæri posse, utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur? Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balnei quidem vel porticus, vel campi uniuscuiusque in solidum esse: neque enim minus me uti, quod et alius uteretur; verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effecte me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam, sed esse verius ait et dolum et culpam et diligentiam, et custodiam in totum me praestare debere: quare duo quodammodo rei habebuntur: et si alter conventus præstiterit, liberabit alterum: et ambobus competit furti actio.* L. 5 § *ult.* D. *com.* Ma se nel prestito ad uso fosse a più per-

III.

Delle obbligazioni di quegli che presta ad uso.

(1) » Siccome il dare ad imprestito è un atto di volontà e di benevolenza, piuttosto che di necessità, il comodante benefico ha il diritto di regolare le condizioni ed il termine del comodato.

» Ma retrogradare, quando l'imprestito è consumato, e riprendere intempestivamente la cosa data in imprestito, non è soltanto distruggere la beneficenza, ma contravvenire all'obbligazione che si è formata tra le parti . . . . Ed è per questo motivo che la legge accorda delle azioni rispettive

---

sone concesso l'uso della cosa *a comune pericolo*, in tale caso l'azione sarebbe dividua contro ciascuno de' comodatarii. — *In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi: ac deinde meus servus subreptis his, ad hostes profugit: et postea sine vasis receptus est: habiturum me commodati actionem cum contubernalibus constat, pro cuiusque parte*. L. 21 §. 1 D. *eod.*

all'uno ed all' altro, per dimostrare che ciò che era nel suo principio un atto di beneficenza e di pura volontà, viene convertito in obbligazioni ed in azioni reciproche . . . . Avvegnachè non è mestieri che la beneficenza che deve ajutarci, divenga un' insidia che c' inganni. »

Sicut voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere ejus est qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit (id est post quam commodavit) tunc finem prescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre, non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. Geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositae sunt actiones ut appareat quod a principio beneficii ac nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles . . . . . Adjuvari quippe nos non decipi beneficio oportet. L. 17, §. 3. Dig. *commod. vel contra.*

» Il comodante non può ripigliare la cosa data ad imprestito, se non trascorso il termine convenuto, ovvero in mancanza di

convenzione, se non dopo che la cosa ha servito all'uso per cui fu imprestata.» *Codice civile art.* 1888.

Non ha luogo lo stesso rispetto *al precario*, il quale racchiude la condizione di ritirare la cosa quando piacerà al comodante.

Qui praecario concedit sic dat quasi recepturus, cum sibi libuerit precarium solvere. L. 1, §. 2 dig. *de praec.*

» Quegli che concede precariamente, dà con questa condizione che riprenderà la sua cosa quando gli piacerà di far cessare il possesso precario del comodatario. »

E non ostante, nell' uno e nell' altro caso il giudice deve far uso di tutti i temperamenti che esige l' equità.

Ut moderatae rationis temperamenta desiderant. L. 10, §. 3 dig. *de quest.*

» Come lo richiedono i temperamenti di equità. »

In omnibus aequitas spectanda. L. 90, l. 123 dig. *de reg. juris.*

» In tutte le cose deve essere considerata la equità. »

Quindi:

» Se durante il detto termine o prima che abbia cessato il bisogno del comodatario sopravviene al comodante un *urgente impreveduta* necessità di valersi della cosa, può il giudice secondo le circostanze *obbligare il comodatario a restituirla.* » Codice civile art. 1889. (22)

---

(22) Nel diritto romano il locatore poteva a se richiamare l' uso della casa locata, anche non trascorso il tempo della locazione, quando ne avesse giustificato un urgente bisogno — *nisi propriis usibus dominus eam necessariam esse probaverit* L. 3 C. *de loc. et cond.* Ma nel prestito ad uso non pare abbastanza deciso che una simile facoltà pel caso di urgente necessità competesse al comodante: *Sicut voluntatis et officii magis, quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque præscribere, eius est, qui beneficium tribuit. Cum autem id fecit, idest postquam commodavit, tunc finem præscribere et retroagere, atque intempestive usum commodatæ rei auferre, non officium tantum impedit, sed et susceptam obligationem inter dandum accipiedumque. Geritur enim negotium invicem, et ideo invicem propositæ sunt actiones ut appareat quod principio beneficii, ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes, actionesque civiles* L. 17 §. 3 D. *com.* Perciò alcuni DD. fra li quali Suldeno, Voet e le Plàt., hanno

(2) Le spese straordinarie ed imprevedute, alle quali è stato obbligato il comodatario. *Si osservi* il N. II. sopr' esposto.

---

concordemente sostenuto che il comodante in nessun caso potesse a se richiamare l'uso della cosa comodata prima del termine convenuto nel contratto, e che nessun argomento di analogìa desumere si potesse dalla *cit.* L. 3 C. *loc. et cond.* Nella locazione, così essi ragionano: esiste la pensione reputata un equivalente all' uso della cosa locata. Quindi se il conduttore sia avanti tempo privato di quest' uso, ritiene pure la mercede in proporzione all' uso interdettogli, e così viene a sentire un minore incomodo: laddove il comodatario avendone un uso gratuito soffrirebbe una più grave lesione. *Nec commodantem, ante tempus aut usum finitum rem commodatam auferentem, excusat, quod doceat, se re commodata ante tempus contractu definitum ex inopinata causa proprios in usus indigere. Id enim etsi in locatione probatum sit, ad commodatum tamen trahendum non est: cum conductor usu carens, mercedem vicissim retineat, atque ita levius damnum sentiat; at commodatarius per ablatum maturius gratuitum rei usum graviorem esset subiturus læsionem; ut proinde dispar ratio sit.* Voet *ad tit. com. num.* 9. Ma questa maniera di ragionare non è certamente conveniente alla vera indole de' contratti benefici e de' contratti onerosi, dovendo anzi essere una regola generale che più

(3) » Se tu hai dato ad imprestito del legname per formare de' puntelli ad una casa che si fabbricava *sapendo essere difettoso*, (tu sarai responsale del danno pro-

---

difficilmente possa pregiudicarsi al godimento di un diritto acquistato nel contratto oneroso che nel contratto benefico. Di fatti il dotto Perez sull' oggetto della questione ben diversamente ragiona: Se, dice, poteva il locatore espellere avanti tempo l'inquilino dalla casa locata, di cui abbisogni pel proprio uso, molto più ciò doveva procedere nel comodante che della cosa data a comodato concede un uso gratuito. La circostanza, dice Pufendorfio, di un urgente bisogno della cosa comodata, durante il tempo del contratto, forma un' eccezione alla regola che esclude l' intempestiva ripetizione dell' uso gratuitamente accordato, e quest' eccezione è inerente alla natura stessa del contratto, che la legge deve presumere, senza che vi sia il bisogno di esprimerla, v. Perez *ad tit. cod. de com.*, Pufendorf. *lib.* 5 *cap.* 4 §. 6. Dirò anzi che all' eguaglianza singolarmente dominatrice ne' contratti onerosi non pare abbastanza conformarsi la disposizione della L. 3 C. *loc. et cond.* Allorchè il locatore a tempo determinato e per una determinata pensione volle da se abdicare l' uso della casa locata, esso ha già calcolato su tutti gli emolumenti che potevano provenirgli dall' uso medesimo, e sulla loro compensazione nel prezzo dell' affitto; onde per quanto possa nel corso della locazione abbisognare della sua casa,

dotto dalla sua caduta) perchè la tua beneficenza ha dovuto ajutarci, non mai ingannarci. »

Si ad fulciendam insulam tigna commodasti . . . . sciens vitiosa . . . . . adjuvare quippe nos non decipi beneficio oportet. L. 17 §. dig. *commod. vel contra.*

» Quegli che *scientemente* ha date ad imprestito delle botti difettose, se si guasta o disperde il vino od olio in esse riposto, deve essere condannato a ripararne il danno. »

---

ha sempre una corrispondente indennizzazione dalla pensione che ne ritrae. E se il conduttore, al quale sia cessato il bisogno della casa a locazione ricevuta non può per questo ritirarsi dagl' impegni inerenti al contratto, egualmente rispettare questi si devono dal locatore nel caso ancora di sopravvenutagli indigenza. Da tutto questo conchiudo che la nuova legislazione civile avendo abolita la più volte ricordata disposizione della L. 3 C. *loc. et cond.*, ed avendo ritenuto che nel comodato il giudice possa secondo le circostanze obbligare il comodatario a restituire la cosa, se sopravviene al comodante un' urgente impreveduta necessità della cosa stessa, manifesta i più puri principj della naturale equità e reclama una decisa preferenza alle diverse legislazioni.

Qui sciens vasa vitiosa commodarit, si ibi infusum vinum vel oleum corruptum effusumve est, condemnandus eo nomine est. L. 18, 3 *eod.*

» Quando la cosa comodata sia tanto difettosa che possa recare pregiudizio a colui che se ne serve, il comodante è tenuto per il danno, *se conoscendone i difetti, non ne ha avvertito il comodatario.* » Codice civile art. 1891.

IV.

Dell'imprestito di consumazione ossia mutuo.

Un tale prestito è l'opposto del comodato.

Nell'uno il comodante rimane proprietario della cosa imprestata. E siccome essa per lui aumenta di valore; così ella perisce in suo pregiudizio. Quindi il comodatario è tenuto alla sua custodia; ed è obbligato soltanto a restituire la cosa ricevuta in prestito se non quando essa esiste all'epoca in cui il comodante la riclama;

egli non è responsale dei casi fortuiti; egli non si obbliga che a restituirla in natura, quale l'ha ricevuta, salve le deteriorazioni prodotte dall' uso e senza frode. Nell' altro il comodatario divenendo proprietario, è suo il pregiudizio se perisce o diminuisce di valore; e l'impiego ch' egli ne fa, è pure tutto a suo solo vantaggio. Egli quindi è solo tenuto a restituire lo stesso valore che ha ricevuto; lo che merita qualche spiegazione. " *Codice civile articolo* 1892 e 1893.

» L'obbligazione risultante da un prestito in denari è sempre della medesima somma numerica espressa nel contratto » *Ibid.* art. 1895.

NB. Questo articolo è la traduzione letterale dell' adagio degli antichi nostri giureconsulti, *nummus nummum non parit:* » *uno scudo non produce uno scudo.*

Sotto l'anzidetto punto di vista, parrebbe che il medesimo rinnovasse le disposizioni delle antiche nostre leggi, le quali proscrivevano indistintamente ogni stipulazione d'interessi, se la stessa non era accompagnata da una rinuncia del comodante al diritto

di esigere il capitale del debito, finchè gli fosse pagata l'annualità che lo rappresentava.

Tale non è stata l'intenzione dei nostri legislatori, come non tarderanno a dimostrarla le disposizioni del nuovo Codice; ma di fissare piuttosto la giurisprudenza sopra l'effetto di quelle variazioni nel segno rappresentativo dei valori, non ignoti nei passati tempi, ma l'eccesso del quale, nei tempi più disastrosi ha sconcertate e distrutte tutte le fortune, sconvolti e rovesciati tutti i principj della morale e dell'equità. Quest' intenzione risulta ad evidenza dal seguito dell'anzidetto medesimo articolo, e dalla distinzione che presenta il successivo.

» Accadendo aumento o diminuzione nelle monete prima che scada il termine del pagamento, il debitore deve restituire la somma numerica prestata, *e non è obbligato a restituire questa somma* che nella specie in corso al tempo del pagamento. » *Ibid. art.* 1895. (23).

---

(23) Questa disposizione taglia alla radice le moltiplici disputazioni sull' aumento e sul decremento

E' questa la naturale conseguenza della natura del mutuo, il quale non produrrebbe veruno inconveniente, se le due qualità dei metalli considerati come mercanzia, e come segni dei valori, conservassero invariabilmente la proporzione che stabilisce la loro abbondanza o scarsezza. La verga sarebbe la materia del cambio, l' impres-

---

della moneta in corso, cioè se dovesse cadere in utilità e danno del creditore o viceversa. Pareva per altro, che bene esaminato il carattere del danaro, e riconosciuto sotto i rapporti espressi da Paolo Giureconsulto nel suo elegantissimo testo alla l. 1 D. *de contr. empt.* non si potesse giammai dubitare della verità e giustizia della riportata disposizione. Il dottissimo Averanio ha trattata cotesta materia con argomenti così chiari, ed incontestabili che converrebbe soffocare il grido della ragion civile per lasciarsi ancora imporre dai sofismi di cui è infetta la contraria dottrina. — *Sed quia non semper, nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem, quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum, aequalitate quantitatis subveniret: aeque materia forma publica percussa usum dominumque non tam ex substantia praebet, quam ex quantitate. Cit.* l. 1.

sione del segno monetario ne indicherebbe il relativo valore.

Ma quando sono rovesciate tutte le idee, quando vili adulatori sorprendono la religione del sovrano, fino a persuadergli, che esso è il padrone ed arbitro assoluto di dare al segno rappresentativo, qualunque egli sia, una denominazione arbitraria, dall' anzidetta assurdità ne deriva una furfanteria, la quale in ultima analisi ricade sopra il governo, della quale un aumento momentaneo parve per qualche tempo accrescerne la ricchezza, per immergerlo successivamente in una reale indigenza. Questo è ciò di cui noi siamo stati oculari testimonj.

La verità in fine prevale; non senza però lasciarci delle traccie profonde dei disastri che l' hanno preceduta. Così le saggie prescrizioni di un abile medico, ristabilendo l' equilibrio nel corpo umano, pervengono a calmare quei travasamenti impetuosi di umori eterogenei che tendevano a tutto distruggere; lo che però non ha luogo senza un lungo e funesto sforzo delle molle della machina organica; così nella

natura intiera, que' fulmini che scoppiano nell'atmosfera, que' torrenti impetuosi che devastano le campagne, non sono che passaggeri, è vero; ma lunghi travagli esigono dal coltivatore per riparare le ruine, che i medesimi hanno prodotte.

L' aumento che il delirio di questi ultimi tempi aveva prodotto nel prezzo di tutte le cose che si consumavano coll' uso, nelle leggi francesi intermedie diè luogo ad una scala proporzionata, che riavvicinò il valore ideale delle cose che si consumano coll' uso, all'effettivo loro valore; ma furono conseguenze indispensabili innumerevoli ingiustizie, l' annullamento delle stipulazioni di contratti di vendita, di permuta, di pigione, d' imprestito, cagionato dalle incalcolabili collisioni di una macchina immensa. La nuova legge è obbligata di tollerare siffatti abusi; ed è questo il motivo dell' articolo citato. —

Gl' imprestiti, come tutti gli altri contratti fatti in verghe, vale a dire, in oro ed in argento, considerati come mercanzia, senza avere alcun riguardo al conio che ne comprova il valore monetario; quando fu-

rono permesse simili stipulazioni; (avvegnachè fuvvi un tempo in cui la scurre, sospesa sopra tutte le teste, minacciava il prudente creditore che aveva praticate tali precauzioni, siffatta forma di prestito non soggiacque alla stessa agitazione.

La nuova legge la conferma.

» La regola contenuta nel precedente articolo (concernente i valori monetarj) non ha luogo, se il prestito fu fatto in verghe metalliche. « *Cod. civ. art.* 1896.

» Se furono prestate verghe metalliche o *derrate*, qualunque sia l' aumento o la diminuzione del loro prezzo, il debitore *deve in ogni caso restituire* la stessa qualità e quantità *e nulla più.* » Ibid. art. 1897.

V.

Obbligazioni del prestatore nel *mutuum*.

(1) Poichè il *mutuum* (ossia l'imprestito di consumazione) rende tuo ciò ch'era mio, obbligando il comodatario a restituire non la cosa stessa che è stata data in im-

prestito, ma un'altra di simile quantità e qualità, è nullo il contratto, se quegli che ha fatto l'imprestito non fosse il proprietario dell'oggetto del contratto. E' valido al contrario, se la cosa imprestata ha dei difetti, ai quali non abbia fatta attenzione ed abbia ignorati. In quest'ultimo caso è garante soltanto dei danni cagionati al comodatario dai vizj occulti della cosa, di cui gli ha trasmessa la proprietà. —

Quoniam nobis non eadem res, sed aliae ejusdem naturae et qualitatis redduntur inde etiam mutuum appellatum, quia ita datur ut ex meo tuum fiat; et ex eo nascitur actio quae vocatur certi condictio. Inst. *quib. mod. re contr. obligatio.*

» Non ha luogo l'azione in ripetizione dell'imprestito, se io non ho potuto trasferirti la proprietà della cosa imprestata.

Et ideo si non fiat tuum non nascitur obligatio. L. 2 §. 2 *De reb. cred.*

» Nel mutuo il mutuante è obbligato alla stessa responsabilità stabilita coll'articolo 1891 per il comodato. » Vale a dire dei difetti occulti della cosa imprestata. *Codice civile art.* 1898.

(2) » Egli (il mutuante) non può ridomandare le cose prestate prima del termine convenuto. » *Ib. art.* 1899.

E' questo l'assioma dei pratici: *che non deve nulla se non al termine.*

(3) » Non essendosi fissato il termine della restituzione (come quando il debito *è pagabile a volontà del mutuante.*), il giudice può accordare al mutuatario una dilazione secondo le circostanze. » *Ibid. art.* 1900

Diversamente, l'utile che il mutuo è destinato a procacciare al mutuatario potrebbe divenire illusorio.

L' ingiustizia sarebbe maggiore, se il mutuatario non essendosi obbligato a restituire la cosa avuta in imprestito se *non quando egli potesse, quando ne avesse i mezzi*, abusasse del niun termine fissato all'adempimento della sua promessa, per far dipendere la restituzione dalla sua volontà.

» . . . . Il giudice gli prescriverà
» un termine al pagamento a norma delle
» circostanze. » *Ibidem*, articolo 1901.

VI.

Obbligazioni del mutuatario.

(1) Restituire la cosa ad esso data in mutuo » nella quantità e qualità ed al tempo convenuto. » *Ibidem*, articolo 1902.

(*E' mestieri aggiungervi*: ed essere similmente responsale dei casi fortuiti. E' questa la conseguenza di ciò che nel *mutuum*, il mutuatario è proprietario della cosa che gli viene consegnata dal mutuante: essa è quindi a suo rischio.)

Is qui mutuum accepit, si quolibet fortuito casu amiserit quod accepit. veluti incendio, ruina, naufragio aut latronum hostiumve incursu, nihilominus obligatus remanet. Inst. *quib. mod re cont. obligatio.*

Quegli che ha ricevuto, a titolo di mutuo, una cosa che si consuma coll'uso, non rimane perciò meno obbligato, se la perda per un caso fortuito, qualunque siasi la di lui natura, sia per un incendio, una ruina, un naufragio, o per incursione di ladri, o di nemici. »

(2) » Se si trova nell' impossibilità di soddisfarvi è obbligato a pagarne il valore, *avuto riguardo al tempo ed al luogo in cui doveva*, a termini della convenzione, farsi la restituzione della cosa. » *Codice civile*, *articolo* 1903.

Si merx aliqua quae certo die dari debebat petita sit, veluti vinum, oleum, frumentum, tanti litem aestimandam Cassius ait, quanti fuisset. L. ult. Dig. *de condict. tritic.*

» Quando venga addimandata una mercanzia, come sarebbe vino, olio, frumento, la quale doveva essere restituita in un giorno determinato, Cassio asserisce, che la stessa deve essere apprezzata secondo il valore che avrebbe avuto alla scadenza del termine fissato dalla convenzione. «

Se non è stato determinato il tempo (della restituzione), il pagamento si fa secondo il valore corrente nel tempo e nel luogo in cui fu fatto l'imprestito. » *Codice civile ibidem.*

(3) » Se il mutuatario non restituisce le cose imprestate o il loro valore nel termine convenuto, *deve corrispondere l' interesse*

dal giorno della domanda giudiziale. » Ib. *art.* 1904. (24)

Sono questi gl' interessi che chiamansi *ex mora*, in causa di ritardo.

Mora dicitur, non ex re, sed ex perso-

---

(24) Il mutuo come contratto gratuito non poteva ammettere le usure. Se queste fossero state semplicemente convenute, il patto sebbene aggiunto al contratto veniva a riguardarsi inattendibile, perchè ripugnante al carattere, essenziale del mutuo. Se poi fossero state espressamente stipulate, la stipulazione come separato contratto verbale trasformava il mutuo in un altro contratto, che dicevasi *contractus foenebris.* E riguardo alle usure decorribili per la mora del debitore, neppure di queste poteva essere il mutuo suscettibile per l'evidentissima ragione, che ove non potevano essere dovute in conseguenza di una speciale convenzione aggiunta al contratto, egualmente non potevano essere il soggetto di un debito per causa della mora. Che se il debitore fosse stato civilmente convenuto, ed avesse avuto luogo la contestazione di lite, questa operando una specie di novazione nel contratto introduceva il corso delle usure — *lite contestata usurae currunt.* Questa novazione pertanto e non la mora era la vera causa per cui potessero decorrere le usure; giacchè nel diritto romano anche una stragiudiziale interpellanza poteva costituire il debitore in mora.

na id est si interpellatus oportuno loco non solverit. L. 3. Dig. *de usufr.*

» Il ritardo non è un peso reale; ma la pena di un delitto personale; quando il debitore eccitato non abbia pagato all'epoca e nel luogo convenuto. »

Si deve aggiungere, come si è diggià osservato in un'altro luogo, che gl' interessi degl'interessi non possono, in verun caso, essere esatti, quando ciò non abbia luogo contro di un tutore, a motivo dei danari del pupillo, che, in ordine al suo ministero, doveva impiegare, quando l'eccedente delle annualità del suo pupillo sopra la spesa lo metteva in istato di poterlo fare, o contro il possessore di mala fede, a motivo dei frutti che il medesimo è obbligato a restituire, quando la domanda sia stata portata innanzi al giudice in ciascun anno.

Nullo modo usurae usurarum a debitoribus exigantur. L. 28. C. *de usur.*

Tutti li sovr'esposti principj sono comuni del pari all'antica giurisprudenza francese ed alle nuove leggi.

Qui ha principio la linea di demarcazione.

VII.

Del mutuo ad interesse.

(1) » Se io ti do dieci affinchè tu me ne restituisca nove, (è questa una beneficenza che deve sortire la sua piena esecuzione.) Proculo è di avviso, e con ragione, che tu non devi che nove. Ma se io ti do dieci con patto che me ne restituisca undici, lo stesso Proculo similmente opina che io non ho azione contro di te se non per dieci. »

Si tibi dedero decem sic, ut novem debeas, Proculus ait, et recte, non amplius te ipso jure debere quam novem; sed si dedero ut undecim debeas, putat Proculus amplius quam decem condici non posse. L. 11, §. 1 Dig. *de reb. cred.*

E non ostante, presso nissun popolo l'usura fu esercitata in una maniera così ributtante come presso i Romani.

» L'avidità degli usuraj, dice Tacito, fu in Roma una malattia inveterata, la causa la più frequente delle sedizioni, e

delle dissensioni civili. Epperò essa venne repressa dai nostri antichi costumi e meno corrotti. Imperciocchè primieramente, dalla legge delle 12 tavole, l'interesse del danaro lasciato sin allora in balìa all' avidità dei ricchi, venne limitato *all' uno per cento al mese* (*a*); poscia ad istanza dei tribuni *un mezzo per ogni cento*. In fine fu proibita qualunque stipulazione d'interessi; e con molti plebisciti furono prevenute le frodi tante volte represse, le quali si producevano con arti sempre nuove e sorprendenti. »

Sane vetus urbi fenebre malum et seditionum discordiarumque creberrima causa: eoque cohibebatur antiquis quoque et minus corruptis moribus. Nam primo duodecim tabulis sancitum est, ne qui unciario fenore amplius exerceret; cum antea libidine locupletium agitaretur, dein rogatione tribunorum ad semuncias redacta; postremo vetita usu-

---

(*a*) Secondo il calcolo del celebre Abate Brotier. In tal modo egli traduce *uncrarium fenus*, del quale si serve Tacito.

ra; multisque plebiscetis obviam itum fraudibus quae totiens miras per artes rursum oriebantur . . . . . Tacito, *Annalium*, lib. VI. num. 16. A. U. C. 786

Un tale rimedio fu impiegato anche dalle nostre leggi più rigorose in questa parte dello stesso diritto canonico; impotenti egualmente fra di noi che nell' antica Roma, ove la proibizione non tardò guari ad essere rivocata, come lo provano i titoli del Digesto e del Codice *de usuris*.

Per qual motivo ha egli luogo un tale inconveniente? Perciocchè le sottigliezze scolastiche non sono che un fosforo momentaneo che viene dissipato con facilità dal personale interesse.

Dacchè venne stabilito che l' oro e l' argento monetato hanno due qualità, quella di mercanzia, circolante nel commercio, per rianimarlo continuamente, e quella dei segni di valore; una somma qualunque è necessariamente rappresentativa dell' oggetto produttivo dei frutti, che io avrei potuto conseguire con questa somma medesima. Se, per obbligarvi, io me ne privo per qualche tempo, io non sono per verun

modo indennizzato del sagrificio che io ho fatto, quando, alla scadenza del termine convenuto, mi restituiate il capitale, senza aggiungervi un valore rappresentativo dei frutti dei quali io avrei gioito; è questo quello che i canonisti chiamano *lucrum cessans*, la privazion di un legittimo guadagno; *vel damnum emergens*, o danno risultante dall'imprestito. »

L'imprestito, si dice, deve essere gratuito. Egli lo è effettivamente, quando gl'interessi stipulati non eccedano la riparazione del danno, o la cessazione di un legittimo guadagno.

Desiderate voi, che le vostre leggi siano effettivamente utili? disponetele come argini destinati a sospendere l'impetuosità del torrente dell'umana cupidigia; che le medesime servano a dividere le sue onde benefiche, non ad arrestarne il corso. Egli li rovescierebbe, e se da loro si conseguisse il successo che se ne attende da voi, sarebbe questa una pubblica calamità.

La detta legge proibitiva fu inoltre abolita in più provincie, purchè l' interesse stipulato non eccedesse la tassa fissata dalle leggi generali. —

Questa cosa che era particolare nella provincia di *Bresse*, di *Bugai*, nella Provenza, a Lione, a Digione, il nuovo Codice la estende a tutto l'impero.

» E' premessa la stipulazione degl' interessi *nel semplice mutuo di danaro*, *di derrate o di altre cose mobiliari* « Codice civile art. 1905.

(2) In ordine alle antiche leggi francesi, la pena la più naturale della stipulazione degl' interessi, proibita in generale, era l' imputazione degl' interesi sul capitale.

Giusta il nuovo Codice, gl'interessi pagati dal debitore, senza stipulazione, sono considerati come una giusta indennità del ritardato pagamento, quantunque non vi sia stata nè dimanda formale, nè sentenza che li abbia aggiudicati.

» Il mutuatario che ha pagato interessi *non convenuti*, non può ripeterli; nè imputarli sul capitale. « *Cod. civ. art.* 1900. (25)

---

(25) Nella l. 3. C. *de usur.* si suppone il caso che il debitore *citra vinculum stipulationis* e per una semplice convenzione si fosse obbligato al pagamento delle usure. Non risultando da questa una

(3) Le antiche leggi di Francia non riconoscevano altro lecito interesse dei crediti esigibili, qualunque ne fosse il titolo, che

---

civile obbligazione, non aveva il creditore la corrispondente azione all' oggetto di esigerle. Ma se il debitore le avesse spontaneamente pagate, non poteva ripeterle come non dovute, o metterle in conto di capitale. La ripetizione dell' indebito veniva esclusa dall' esistenza della sola obbligazione naturale. Ma il patto sulla prestazione delle usure produceva cotesta obbligazione: dunque era giustamente decisa la validità del pagamento: *quamvis usurae foenebris pecuniae citra vinculum stipulationis peti non possint: tamen ex pacti conventione solutae, neque ut indebitae repeuntur neque in sortem accepto ferendae sunt.* Vedi la *cit.* l. 3. Il nuovo Codice ha proceduto più oltre, od ha esteso il riportato testo al caso ancora d' interessi in nessuna guisa convenuti. Credo per altro che la disposizione possa difendersi ancora coi principj del diritto romano. Nella l. 7 C. *de usur.* troviamo stabilito che le usure *ex consensu* pagate non costituiscono un' obbligazione: cioè il creditore dall' avere per alcuni anni ricevuti gl' interessi non può rilevare una prova legittima per la futura loro obbligazione — *Nec enim si aliquando ex consensu praestitae sunt, obligationem constituunt.* Non dice il testo che le pagate si possano ripetere, ma, proposta la quistione, se si rilevi un' obbligazione per pagarle in avvenire la decide

quello fissato dalla legge, in proporzione del rapporto del numerario coi prodotti degl'immobili, il quale nel secolo sedicesimo dell' Era nostra, era dal denaro 12 sino al denaro 20, soggetto altronde alle retenzioni per le imposte che i bisogni dello stato avevano rese indispensabili. — Gli estremi testè accennati servivano di norma per determinare ed aggiudicare gl' interessi di diritto rispetto ai denari dei pupilli o dotali, e quelli del pari da stabilirsi ad istanza del creditore, in mancanza del pagamento nel convenuto termine.

Le stesse rendite costituite erano soggette all' imputazione sul capitale, se le misure delle annualità eccedevano quella fissata dalla legge; il solo contratto di vendita d' immobili fruttiferi era eccettuato dalle predette regole.

La frode, che non conosce limiti, rendeva nulle tutte queste precauzioni; le leggi

---

negativamente. Dunque in senso ancora del diritto romano la volontaria prestazione degl' interessi non potrebbe richiamarsi, nè metterla a conto del capitale.

penali medesime, simili all'art. 202. dell'ordinanza di Blois, pubblicata dietro il voto degli stati generali, non che tutte le leggi antecedenti, e successive, non contribuivano che a far comperare, in caso di bisogno, il soccorso momentaneo e ruinoso che gli procacciava la micidiale cupidità del creditore.

Quale rimedio havvi mai a questi mali? una saggia amministrazione, la quale necessaria in tutti i casi nei quali la legge supplisce alla stipulazione, così proporzionatamente che è possibile fissando l'interesse legale, reprima la frode senz' allarmarla, col solo equilibro di questi due correlativi, la ricchezza pubblica e la ricchezza privata.

» L'interesse è legale o convenzionale. L'interesse legale è fissato dalla legge. L'interesse convenzionale può eccedere quello fissato dalla legge *ogni qual volta la legge non lo proibisce.*

» La misura dell'interesse convenzionale deve essere determinata in iscritto. » *Codice civile, articolo* 1907.

» La quitanza per il capitale rilasciata senza riserva degl' interessi, ne fa presu-

mere il pagamento e produce la liberazione. » *Ibidem articolo* 1908. (26)

(4) Per effetto del nuovo ordine di cose, l'incalcolabile beneficio della circolazione degli oggetti di lusso e di prima necessità, si accresce con gran vantaggio dell'agricoltura, del commercio, dell'industria in ogni genere, la sicurezza della speculazione degl'interessi, sostituita alla frodolenta dissimulazione dell'usura, moltiplica i vaglia, le obbligazioni; le costituzioni di rendite perpetue o vitalizie, con alienazione di capitale, divengono più rare; ma non sono proibite.

Gli articoli 1909, 1910, 1911, 1912, 1913, 1914, ne determinano la natura e le condizioni.

» Si può stipulare un interesse, median-

---

(26) Essendo l' obbligazione agl' interessi meramente accessoria, una quitanza rilasciata per il capitale facendone per disposizione di diritto presumere il pagamento, e così l' estinzione dell' obbligazione principale, per la regola degli accessorii, non si può non egualmente presumere la liberazione riguardo agl' interessi, quando non si fossero espressamente riservati.

te un capitale che il mutuante si obbliga di non ripetere. (Un tale interesse è rappresentativo dei frutti dell' immobile che potrebbe avere acquistato col capitale alienato.)

In questo caso il mutuo si denomina *stabilimento di rendita.* » *Ibidem, articolo* 1909.

» Tale rendita può costituirsi in due maniere; in perpetuo o in vita. » *Ibidem, articolo* 1910.

Si vegga il sovr'esposto titolo *delle cose* Diritto Romano, sez. 2.

» La rendita costituita in perpetuo è essenzialmente redimibile.

Possono soltanto le parti convenire che non si redimerà la rendita prima di un termine il quale *non potrà eccedere dieci anni,* ovvero senza che siane anticipatamente avvertito il creditore nel termine da esse determinato. » *Ibidem, articolo* 1911.

Per tal modo è tolta la dissonanza dei nostri statuti, alcuni dei quali, considerando l'oggetto rappresentato, consideravano tali rendite immobili: riflettendo gli

altri alla natura dell'obbligazione *quae tendit ad mobile*, » che ha per iscopo di acquistare un'annuo mobiliare, » sia in danaro, od in altri oggetti che si consumano coll'uso, le ponevano nel numero degli effetti mobiliari. Presentemente, ogni rendita costituita tanto in danaro, quanto in oggetti fungibili, è di sua natura mobiliare.

Si osservi il titolo *delle cose.*

(*Articolo addizionale, compreso nella legge* 30 *ventoso anno* 12, *concernente la riunione delle leggi Civili, sotto il titolo:* Codice dei francesi.)

» . . . . . Ogni rendita stabilita in perpetuo, (anche) per il prezzo della vendita di un immobile, o come condizione della cessione, a titolo oneroso o gratuito, di un fondo immobile, è essenzialmente redimibile.

E' non ostante permesso al creditore di regolare le clausole e condizioni della redenzione.

Gli è pure permesso di stipulare che la rendita non potrà essere rimborsata che dopo un termine prefisso, *il quale non po-*

trà giammai eccedere trent' anni; ogni stipulazione contraria è nulla.

Il debitore di una rendita costituita in perpetuo può essere costretto alla redenzione;

1. Se cessa dall' adempire i suoi obblighi pel corso di due anni;

2. Se tralascia di dare al creditore le cauzioni promesse nel contratto. » *Codice civile, articolo* 1912.

E' pure ripetibile il capitale di una rendita costituita in perpetuo, *nel caso di fallimento, o di prossima decozione del debitore.* » *Ibidem, articolo* 1913.

» Le regole concernenti le rendite vitalizie sono determinate nel titolo *dei contratti di sorte.* Ib. art. 1914.

VIII.

Di una celebre legge romana, divenuta inutile nella nuova legislazione.

Io voglio parlare del senato consulto Macedoniano, emesso sotto l' imperatore Vespesiano per reprimere l'audacia di un usurajo chiamato *Macedo*, il quale, secondo l' espressione della legge, fra le astuzie criminose che il suo genio gli suggeriva, abusava della corruzione dei costumi dei figli di famiglia, per inghiottire non solo i loro beni presenti, ma le risorse future della eredità paterna alla quale erano chiamati dalla natura.

Cum inter caeteras securis causas, Macedo, quas illi natura administrabat etiam aes alienum adhibuisset et saepe materiam peccandi, malis moribus praestaret . . . . . L. 1. Dig *de S. C. Maced.*

Per prevenire un tale abuso, il senato consulto » dichiara nulle le obbligazioni

contratte dai figli di famiglia, non solo durante la vita del padre o dell'avolo senza il consenso di quelli sotto la di cui podestà eglino sono; ma ricusa ogni azione al creditore sui beni delle eredità degli autori dei loro giorni.

Placere ne cui qui filios familias mutuum poecuniam dedisset, etiam post mortem ejus in cujus potestate fuisset, actio petitioque daretur.

« Affinchè, dice la legge, quelli che, con un pernicioso esempio, abusano della prodigalità dei figlj di famiglia, per ispogliarli delle loro sostanze, sappiano che i titoli dei loro crediti nulli nel loro principio, non possono essere consolidati dall'aspettazione della morte del padre di famiglia. «

Ut scirent qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri. Dig. de S. C. *Macedoniano.*

Questo senato consulto si riferiva ai soli imprestiti in danaro, non agl'imprestiti in derrate ed altre mercanzie, ammenochè la precipitazione della rivendita non li facesse considerare come un imprestito in danaro

trasformato. L. 3. §. 3. *ibid*; perciochè i figlj di famiglia a termini del diritto romano, non erano incapaci di contrattare. Esso liberava li fidejussori, ed egualmente il debitore principale. Esso non aveva luogo se il figlio di famiglia era emancipato, se il padre aveva conosciuta la obbligazione e l'aveva ratificata; esso non dava luogo neppure alla ripetizione mediante l'azione chiamata *condictio indebiti*, « la ripetizione del nón dovuto, » se il figlio di famiglia era entrato in pagamento dopo la morte del padre.

Questa legge era singolarmente rispettata, in Francia nelle provincie di diritto scritto, e quali inconvenienti non presentava ella, quando la durata della patria podestà non aveva altri limiti che la volontà del padre di famiglia? La legge romana vi aveva provveduto, rendendo valide le obbligazioni dei figlj di famiglia, quando il creditore fosse stato indotto in errore dall'assenza del padre di famiglia, e dal posseso del figlio. *sic agebat, sic contrahebat, sic muneribus fungebatur* L. 3 Dig *eod.* » Egli agiva, egli contrattava, egli adempiva ai pesi civili

come padre di famiglia. « In minor numero erano gl' inconvenienti nei paesi di diritto scritto nella giurisdizione del parlamento di Parigi; nei quali il matrimonio emancipava.

Gli statuti di Francia che non ammettevano la patria podestà del diritto romano, avevano pure rigettato il senato consulto Macedoniano.

Certamente i nostri legislatori hanno giudicato che le modificazioni che essi hanno apposte alla patria podestà del diritto romano (*veggasi* il titolo *delle persone* sovr' esposto) e le disposizioni di questo titolo rendevano superflua l' applicazione del senato consulto Macedoniano. —

TITO-

TITOLO XVI.

Del deposito e del sequestro.

Corrispondente al titolo VII. del libro I. delle leggi civili di Domat.

Il deposito, se è gratuito, è un contratto che non concerne che l' interesse del deponente; non esige quindi dal depositario altra cura che quella che egli impiega ne' suoi affari particolari. Dal che ne segue che il deponente deve imputare a se medesimo di non avere scelto un depositario più diligente. Il depositario non è responsale che di quella negligenza che le leggi romane chiamano *lata culpa*, « grave colpa, » che le stesse pareggiano al dolo, perciocchè lo fa presumere. L. 32. *dig. depos.* L. 1, *C. eod*; se poi vi è annessa qualche retribuzione, essendo questa la ricompensa della cura del depositario, in tal caso non è più un semplice deposito, ma un sequestro, il quale rende risponsale quegli che ne è incaricato,

anche delle colpe che le leggi chiamano leggere, e di ogni negligenza caratterizzata.

Il deposito non trasmette al depositario alcun diritto di proprietà, nè di usufrutto sulla cosa depositata.

Il deponente non è un semplice creditore che si possa obbligare a patteggiare cogli altri creditori sui beni del comune debitore: è un proprietario che riclama la sua cosa quand' ella si trovi in natura fra le mani di quegli cui l'ha confidata.

Vi sono alcuni depositi privilegiati i quali sono chiamati *necessarj* dalle leggi, in caso di naufragio, d'incendio e di altri avvenimenti di simil natura. Le ordinanze dei re di Francia, che escludevano la prova testimoniale delle convenzioni il valore delle quali eccedesse lire 100. (attualmente 150) l'ammettevano rispetto a tali depositi. Imperciocchè non essendo i medesimi suscettibili di verun altro genere di prove, le leggi non devono servire di pretesto per autorizzare la mala fede. In simile caso esse assoggettano pure il depositario all'arresto personale, a cui il deposito volontario non l'avrebbe assoggettato. Conciossiachè la vio-

lazione di siffatto deposito, in alcune circostanze, è un delitto suscettibile di processo criminale. *Si osservi* nel proposito l'ordinanza del 1667, *tit.* 20, *art.* 4 e *tit.* 34 *art.* 4.

Lo statuto di Parigi non contiene che un solo articolo relativo alla natura e privilegio del deposito.

. . . . . Non ha luogo la contribuzione in materia di deposito, se questo *trovasi in natura.* Art. 182.

Veniamo alle leggi romane ed al nuovo Codice.

» In una materia rispetto alla quale i principj sono stabiliti da molto tempo, non si tratta di creare delle regole; ma di raccogliere quelle, la giustizia ed utilità delle quali venne dimostrata da una lunga esperienza. «

Dicorso del consigliere di stato Réal.

E primieramente, le leggi del digesto distinguevano i contratti » di buona fede « *bonae fidei*, » e li contratti di stretto diritto « *stricti juris*; lo che si riferiva a quelle formole, come sacramentali, introdotte dagli antichi giureconsulti, dei quali noi abbiamo parlato più volte.

Queste formole superstiziose furono abolite nel diritto romano molto tempo prima degl' imperatori. Similmente « tutti i contratti sono essi di buona fede ; e non ostante, nelle leggi del Codice, non si attribuisce in una maniera più speciale questo carattere agli uni che agli altri. *Tuttavia è difficile di non riconoscere, nel deposito, qualche cosa che collochi la buona fede inerente a questo contratto, nei limiti i più puri circonscritti di quelle che sono assegnate ad altre convenzioni.* » Discorso dell' oratore del governo *ibid.*

Se il deposito è volontario e gratuito, è un atto di confidenza che esige che il depositario vi corrisponda con una maggiore fedeltà.

Se è necessario, in caso di naufragio, d'incendio, di altri disastri impensati; se è stato posto sotto la salvaguardia della fede pubblica, dal viaggiatore o dal navigatore, è sacro.

Sopra tali basi sono appoggiate tutte le regole che noi ci proponiamo di sviluppare.

I.

Del deposito in genere e delle sue diverse specie.

(1) » Il deposito . . . è un atto per cui si riceve la cosa altrui coll'obbligo di custodirla, e di restituirla in natura. » *Codice civile art.* 1915.

Depositum est quod custodiendum alicui datum est. L. 1 dig. *depos.*

» Depositato è ciò che viene dato ad alcuno per essere custodito. »

» Vi sono due specie di deposito; il deposito propriamente detto (fatto dal proprietario delle cose delle quali non gli è contrastata la proprietà) ed il sequestro. » (o volontario o ordinato giudizialmente delle cose la proprietà delle quali viene impugnata) *Ibid. art.* 1916.

(2) » Il deposito propriamente detto deve essere essenzialmente gratuito. *Ibid. art.* 1917.

(Diversamente è un fitto.)

» Quando siano periti gli abiti che io ho confidati ad un bagnajuolo, e che questo bagnajuolo non abbia ricevuto alcun prezzo per la custodia, potrà contro di lui come depositario essere promossa l'azione, ed io sono di avviso (dice il giureconsulto) che non sarà responsale che del suo dolo. Se poi ha ricevuto un prezzo, egli sarà soggetto all' azione risultante dal nolo. «

Si vestimenta servanda balneatori data perierunt; siquidem nullam mercedem servandorum vestimentorum accepit, depositi eum teneri, et dolum tantum praestare puto; quod si accepit ex conducto. L. 1 §. 8 dig. *depos. vel contra.*

(3) » Non può avere per oggetto che cose mobiliari. » *Codice civile art.* 1918.

Direttamente, e non ostante benchè il possesso nel quale io lascio un terzo di un immobile che mi appartiene, sia una procura, non un deposito propriamente detto, le leggi romane ed il nuovo Codice lo pongono nel genere de' depositi, perciocchè egli ne ha gli effetti.

Si possessionem naturalem revocem, proprietas mea manet; videamus de fructibus.

Et quidem in deposito et commodato, fructus quoque praestandi sunt. L. 38 dig. *de usurp.*

» Quand' io revochi il possesso che ti aveva accordato, la cosa rimane di mia proprietà. Vediamo rispetto ai frutti. Nel deposito e nel comodato sono essi la conseguenza della restituzione della cosa. »

» E per questa ragione, l'azione (in restituzione) comprende i frutti e tutto ciò che dipende dalla proprietà, come i parti de'bestiami; non è sufficiente il restituire il nudo possesso. »

Et ideo et fructus in hanc actionem (depositi) venire, et omnen causam et partum dicendum est, ne nuda res veniat. L. 1 §. 24 dig. *depos.*

» Se la cosa depositata ha prodotto frutti i quali siano stati percetti dal depositario, è questi tenuto a restituirli. Non è debitore di alcun interesse del denaro depositato, (perciocchè non è divenuto suo mediante il *mutuum*), *se non dal giorno in cui fu costituito in mora per la non fatta restituzione.* Codice civile art. 1936. (27)

(27) *Et ideo et fructus in hanc actionem venire,*

(4) » Non è perfetto che colla tradizione reale o finta della cosa depositata. . . . E se il depositario sia diggià in possesso per qualche altro titolo. *Ibid. art.* 1919.

(5) » Il deposito è volontario o necessario. » *Ibid. art.* 1920

Veggasi nel preambolo di questo titolo il caso in cui il deposito è necessario.

---

et omnem causam et partum, dicendum est: ne nuda res veniat L. 1 §. 24 D. *depos.* A ben intendere la seconda disposizione di quest' *art.* relativa agl' interessi, conviene premettersi che il depositario non può servirsi della cosa depositata senza l' espresso o presunto permesso del deponente, v. l'*art.* 1930. *Si sacculum vel argentum signatum deposuero, et is, penes quem depositum fuit, me invito contrectaverit, et depositi et furti actio mihi in eum competit. Si ex permissu meo deposita pecunia is, penes quem deposita est, utatur, ut in cæteris bonæ fidei iudiciis, usuras eius nomine præstare mihi cogitur.* L. 29 D. *dep.* In quest'*art.* pertanto si suppone il deposito regolare di certa somma di denaro di cui il depositario non possa altrimenti servirsi; e siccome nessun frutto naturalmente proviene dal denaro, e senza una speciale convenzione, o il caso della mora le usure non sono decorribili, così fu giustamente disposto che nissun interesse fosse dovuto sulla somma regolarmente depositata, a menocchè il depositario non fosse costituito in mora per la non fatta restituzione.

II.

Del deposito volontario.

(1) » Il contratto di deposito volontario si fa col consenso reciproco di chi deposita e di chi riceve la cosa in deposito. » *Ibid. art.* 1921.

Le stesse regole hanno luogo in tutti gli altri contratti. Il deposito non può essere provato col mezzo de' testimonj, quando il valore della cosa depositata ecceda lire 150. Se non vi ha scrittura, il deponente si considera essersi attenuto alla fede del depositario; non ha altra risorsa che la dichiarazione ed il giuramento del difensore.

Non è così rispetto al deposito necessario; come lo vedremo in appresso.

(2) » Il deposito volontario non può *regolarmente* farsi che dal proprietario della cosa depositata ovvero col suo consenso espresso o tacito. » *Ibid. art.* 1922. (28)

---

(28) Cotesta disposizione parmi affatto inutile. Si poteva mai dubitare, che il deposito deve farsi

NB. Questa parola, *regolarmente*; e non ostante le leggi romane non permettono al depositario di mancare di fede, nemmeno al ladro che depone nelle sue mani la cosa altrui ch' egli ha usurpata, ogni volta che il proprietario non riclama la cosa che gli appartiene.

Si praedo vel fur deposuerint, et hos Marcellus libro sexto digestorum putat recte depositi acturos . . . . L. 1 §. 37 dig. *depos.*

» Quando un masnadiero od un ladro abbiano fatto un deposito, Marcello è di sentimento che essi hanno ragione di reclamare il deposito . . . »

---

regolarmente da chi ha un legittimo interesse di farlo, e che il solo proprietario delle cose che si vogliono depositare, può avere questo legittimo interesse? Altronde il deposito non cessa di avere il suo carattere, e di produrre le corrispondenti obbligazioni e diritti sebbene una terza persona lo avesse fatto e senza il consenso o espresso o tacito del proprietario. Giova per altro avvertire che quì il vocabolo di *proprietario* deve spiegarsi in un senso alquanto più esteso di quello che a rigore di diritto gli può essere inerente. — *In deposito*, dice Pufend. *lib.* 5 *cap.* 4 §. 7, *quo rem nostram, aut ad nos quocumque modo spectantem, alterius fidei committimus.*

Io vi ho aggiunto, *se il proprietario non la riclama*; ciò che concilia questa decisione con quella della legge 31 §. 1 dig. *depos. vel cont.* la quale fu da me riportata al titolo *delle convenzioni in genere.* « Affinchè, dice la legge, il deposito non ponga veruna difficoltà alla più giusta domanda di un terzo. » *Ut non distrahatur ab ullius personae justiore petitione.*

» Il depositario non deve restituire la cosa depositata che a quello che glie l'ha affidata, o a colui in nome del quale fu fatto il deposito, o a quello che fu indicato per riceverlo. » *Cod. civ. art.* 1937. (29)

» Non può pretendere che il deponente

---

(29) *Si prædo vel fur deposuerint, et hos Marcellus lib. VI Dig. putat recte depositi acturos: nam interest eorum, eo quod teneantur* L. 1. §. 39 D. *dep.* — *Publia Mævia, cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiæ Seiæ, et dixit ei*: Cum salva sanave venero, restitues mihi: certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi: *Defuncta ea, desidero res commendatæ, cui restitui debeant: filio, an marito? Paulus respondit, filio* L. 26 *in pr. eod.*

provi esser egli il proprietario della cosa depositata. (30)

» Ciò non ostante, se scopre che la cosa è stata rubata e chi ne è il vero padrone, *deve denunciare a questo il deposito a lui fatto con intimazione di riclamarlo in un determinato e congruo termine.* Se quegli cui fu fatta la denuncia, è negligente nel riclamare il deposito, il depositario è validamente liberato colla consegna del deposito a quello da cui l'ha ricevuto. » *Ibid. art.* 1938. (31)

---

(30) Affatto estranea all'indole del deposito ed al carattere delle emergenti obbligazioni sarebbe la questione sulla proprietà del deposito. Questa allora soltanto potrebbe istituirsi che con il deponente, il quale ne reclamasse la restituzione, concorresse persona che pretendesse di avere sul deposito un più fondato diritto.

(31) *Incurrit hic et alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est nullo extrinsecus adsumpto, æstimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet; exempli loco, latro spolia, quæ mihi abstulit, posuit apud Seium inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientem-*

(3) Il deposito suppone nelle due parti la capacità di contrattare; con questa differenza che se la mancanza di capacità proviene dal deponente, come se questi fosse un minore od un interdetto, il depositario capace non può opporre eccezione del diritto altrui. Il contratto deve essere eseguito in tutta la sua estensione ad istanza del tutore od altro amministratore dell' incapace. Se poi al contrario il depositario è quegli che era incapace, non può il medesimo essere tenuto a restituire del deposito che ciò che esiste in natura, o ciò che venne convertito a suo vantaggio; ciò che i giureconsulti chiamano l' *in rem versum*. Ibid. art. 1925, 1926.

---

que intuemur, hæc est bona fides, ut commissam rem recipiat, qui dedit: si totius rei æquitatem, quæ ex omnibus personis, quæ negotio isto contingunt, impletur, mihi reddenda sunt, quo facto scelestissimo adempta sunt: et probo hanc esse iustitiam, quæ suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personæ iustiore repetitione. Quod si ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quæsita deposuit: quod et Marcellus in prædone et fure scribit L. 31 §. 1 D. *dep.*

III.

Delle obbligazioni del depositario.

(1) » Il depositario deve usare nel custodire la cosa depositata la stessa diligenza che impiega per custodire le cose che gli appartengono. » *Ibidem, articolo* 1927.

Nisi ad suum modum curam in deposito praestat fraude non caret. Nec enim salva fide minorum iis quam suis rebus diligentiam praestabit. L. 32 *Dig. depos.*

» Il depositario non è privo di colpa, se non ha cura della cosa che gli è stata confidata a misura della sua intelligenza; Conciossiachè, senza mancare alla buona fede, ei non può usare minore esattezza di quella che ne abbia per custodire le cose che sono di sua privata ragione. »

» Il disposto nel precedente articolo deve applicarsi con maggior rigore, 1 quando il depositario siasi egli stesso offerto a ricevere il deposito; 2 quando abbia stipulata una rimunerazione per la custodia del deposito; 3 quando il deposito siasi fatto

unicamente per l'interesse del depositario; 4 quando siasi convenuto espressamente che il depositario sarà risponsale per qualunque colpa. » *Codice civile, articolo* 1928.

Si quis se deposito obtulit, Julianus scribit periculo se depositi illigasse; ita tamen ut non solum dolum, sed etiam, culpam aut custodiam praestet, non tamen casus fortuitos. L. 1. §. 35. *Dig de pos.*

Siffatto articolo del nuovo Codice è l'analisi di una moltitudine di leggi romane, che possono vedersi nella sezione III del titolo citato delle leggi civili di Domat.

(2) » Il depositario non è in verun caso risponsabile per gli accidenti prodotti da una forza irresistibile, *eccetto che sia costituito in mora per la restituzione della cosa depositata.* » Ib., art. 1929.

Si incursu latronum vel alio fortuito casu, ornamenta deposita apud interfectum perierunt, detrimentum ad haeredem ejus qui depositum accepit . . . . (si non aliud specialiter convenit . . .) non pertinent. L. 1, *C. depos.*

» Se in conseguenza di una incursione

di ladri, o per altro fortuito accidente; sono state rubate alcune cose preziose depositate fra le mani dell' ucciso, il suo erede non sarà responsale dei danni; se non vi ha convenzione espressa in contrario. »

Conciossiachè è permessa tale convenzione. *Si quis pactus sit ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactum valere* . . . . . . L. 7, §. 15, Dig. *de pact.*

» Quando siasi stipulato che qualunque pericolo, cui potesse essere esposta la cosa depositata, sarebbe a carico del depositario, Pomponio è di avviso che il patto è valido . . . . . .

Il depositario a cui fu tolta la cosa depositata da una forza irresistibile, e che ha ricevuto in luogo di quella una somma o qualche altra cosa, deve restituire ciò che ha ricevuto in cambio » *Codice civile, articolo* 1934.

(3) La severità della legge del deposito è tale, che il depositario non ha il diritto » di servirsi della cosa depositata senza

l' espres

l' espresso o presunto permesso *del deponente* » Ib., art. 1930.

*Si paecunia apud te ab initio ea lege deposita sit ut si voluisses,契uterer*is*, priusquam utaris, depositi teneberis.* L. 1, §. 34, *Dig. depos.*

» Quando sia stata depositata una somma di danaro nelle tue mani, con questa condizione che tu, volendo, potesti prevalertene, tu sarai tenuto a restituirla, a titolo di deposito, anche prima di avere usata dell' anzidetta facoltà. — »

Eccettuato il caso della permissione espressa o presunta del proprietario, la legge romana tratta di furto l' uso che il depositario si permettesse di fare del deposito.

Furtum fit, non solum cum quis intercipiendi causa rem aliquam amovit; sed generaliter cum alienam rem quis invito domino contractat. Itaque sive creditor pignore, sive is ad quem deposita est ea utatur . . . . . . furtum committit. Inst. *de obl. quae ex delict. nasc.* §. 6.

» Vi è furto non solamente quando alcuno prende la cosa altrui per appropriarsela,

ma ogni volta che si prevale della cosa che non è di sua spettanza contro la volontà del proprietario. Quindi il creditore che si serve del pegno che gli è stato dato, e il depositario, della cosa che è stata rimessa nelle sue mani . . . . . commettono un furto.

Se poi il deposito è di una cassetta chiusa, di un pacco sigillato, tu sarai obbligato soltanto a consegnare la detta cassetta, o pacco coi suoi sigilli; ma se ti fu fatto vedere ciò che contiene la ridetta cassetta od il pacco, tu sarai responsale egualmente della cassetta o pacco e degli oggetti che li medesimi contengono. »

Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur an et species comprehendendae sint. Et ait Trebatius cistam repetendam non singularum rerum depositi agendum. Quod si et res ostensae sunt, et sic depositae; adjiciendae sunt et species. L. 1. § 14. Dig. *depos.*

» Il depositario non può fare verun tentativo per iscoprire le cose che gli sono state depositate, quando gli vennero affidate in una cassa chiusa o in un involto sigillato. » *Codice civile articolo* 1931.

(4) » Il depositario deve restituire l'identica cosa che ha ricevuto.

In conseguenza il deposito del denaro deve restituirsi *nelle medesime specie in cui fu dato* tanto nel caso di aumento che in quello di dimiuuzione del loro valore. » *Ibidem, articolo* 1932.

» Il depositario non è tenuto a restituire la cosa depositata che in quello stato in cui si trova al tempo della restituzione. Le deteriorazioni *avvenute senza sua colpa*, sono a carico del deponente. » *Ibidem, articolo* 1933.

Ella è questa la conseguenza della regola *res domino crescit; res domino perit*: » La cosa aumenta a profitto del proprietario; la cosa diminuisce o perisce in suo pregiudizio. »

(5) *Eccezione* in favore dell' Erede del depositario, il quale ha venduto *di buona fede* la cosa depositata nella successione, come faciente parte dell' eredità. Egli sarà obbligato soltanto *a restituire il prezzo ricercato, od a cedere la sua azione* (al de-

positante) *nel caso che non siagli stato pagato.* Ib., art. 1954. (32)

(6) *Di alcune regole le quali sono la conseguenza degli stessi principj.*

» Se il deponente ha cangiato di stato; per esempio, se la donna che al tempo del fatto deposito era libera, siasi in seguito maritata, e si ritrovi sotto la podestà del marito;

Se il maggiore che ha fatto il deposito sia stato interdetto;

---

(32) *Quæsitum est, si heres rem apud testatorem depositam distraxit, ignarus depositam, an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re: an tamen vel de pretio teneatur quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum: hoc enim ipso dolo facit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit.* L. 1 §. ult. D. *dep. Quid ergo, si pretium nondum exegit? Aut minoris quam debuit, vendidit? Actiones suas tantummodo præstabit.* L. 2 *eod. Plane si possit rem redimere, et præstare, nec velit, non caret culpa: quemadmodum si redemptam, vel alia ratione suam factam noluit præstare, causatus, quod semel ignarus vendiderit.* L. 3 *eod. Sed etsi non sit heres, sed putavit se heredem, et vendidit, simili modo lucrum ei extorquebitur* L. 4 *eod.*

In tutti questi casi ed in altri simili, il deposito non può restituirsi che a quello che ha l'amministrazione delle ragioni e dei beni del deponente. » *Ibidem, articolo* 1940.

Nel caso contrario, vale a dire, quando il deposito sia stato fatto dal tutore, dal marito amministratore dei beni della sua sposa o da qualunque altro rappresentante legale del proprietario del deposito, e che la tutela e l'amministrazione loro siano finite, il proprietario rientrato nei suoi diritti, potrà solo riclamare e ricevere la restituzione del deposito. *Ibidem, articolo* 1941.

» In caso di morte naturale o civile del deponente, la cosa depositata non può restituirsi che al suo erede. *Ibidem, articolo* 1939.

Se vi sono più eredi e la cosa depositata non è divisibile, devono fra essi accordarsi sul modo di riceverla. *Ibidem.* (33)

---

(33) E se gli eredi non s' accordassero fra essi sul modo di ricevere la cosa depositata ed indivi-

Una legge romana regola la forma di un tale accordo,

» Se il deponente ha lasciati più eredi,

---

sibile, oppure vi fosse contesa sulle ragioni ereditarie? *Si lancem deposuerit apud me Titius et pluribus heredibus relictis decesserit: si pars heredum me interpellet, optimum quidem esse, si prætor aditus iussisset me parti heredum eam lancem tradere, quo casu depositi me reliquis heredibus non teneri: sed etsi sine prætore sine dolo malo hoc fecero, liberabor; aut, quod verius est, non incidem in obligationem: optimum autem est id per magistratum facere.* L. 81 D. *de solut. Apud Julianum lib.* XIII. *Dig. talis species relata est; ait enim: si depositor decesserit, et duo existant, qui inter se contendant, unusquisque solum se heredem dicens, ei tradendam rem qui paratus est, adversus alterum reum defendere (hoc est eum, qui depositum suscepit): quod si neuter hoc onus suscipiat, commodissime dici ait, non esse cogendum a prætore judiciun suscipere: oportet igitur rem deponi in æde aliqua, donec de hereditate iudicetur* L. 1 §. 37 D. *dep.* Io per altro sarei di sentimento che il depositario non avesse alcuna obbligazione alla restituzione del deposito, sintantocchè sia indecisa la contesa sull' appartenenza dell' eredità. In questo caso non è manifesto o nell' uno o nell' altro de' contendenti il carattere di erede; e manca per conseguenza la chiarezza del titolo per la repetizione del deposito.

la maggior parte dei quali abbia accettata l'eredità (ed altri siano assenti o non abbiano ancora dichiarata la detta loro qualità), la cosa depositata verrà restituita ai presenti.

La maggior parte non deve intendersi numericamente, ma in ragione dell'interesse ed entità delle porzioni ereditarie, dando però le convenienti cauzioni per l'interesse degli assenti.

Si plures haeredes extiterint ei qui deposuerit, dicitur si major pars adierit, restituendam rem praesentibus.

Majorem autem partem, non ex numero, utique personarum, sed ex magnitudine portionum haereditariarum, intelligendam; cautela idonea reddenda. L. 14. Dig. depos.

Se la cosa è divisibile, come sarebbe il danaro, *essa deve restituirsi a ciascuno di essi per la loro porzione.* Codice civile, articolo 1939.

Se uno degli eredi ha ricevuta la sua porzione, e che in seguito il debitore sia divenuto insolvibile, o che per qualche accidente, il dippiù della cosa depositata sia perita, senza frode, il più diligente sarà

egli obbligato di restituire ciò che ha ricevuto, onde sia divisa? Nò risponde la legge, *suum recepit*; » esso ha ricevuto ciò che era di sua spettanza. »

Supervacuam veterum differentiam e medio tollentes, si quis certum pondus auri vel argenti confecti, vel in massa constituti deposuerit, et plures scripserit haeredes, et unus ex eis contingentem sibi portionem a depositario acceperit, alter supersederit; vel alias fortuito casu impeditus, hoc facere non potuerit; et postea depositarius in adversam inciderit fortunam; vel sine dolo depositum perdiderit, sancimus non esse cohaeredi ejus licentiam venire contra cohaeredem suum, et ex ejus parte avellere quod ipse ex sua parte consequi minime potuit. . . . . L. ult. C. *depos*.

» Sciogliendo le cavillose distinzioni degli antichi, se alcuno abbia depositata una massa di argento od una somma di denaro, e che abbia cessato di vivere, avendo instituiti più eredi, e che uno di questi abbia ricevuto dal depositario la quota che gli apparteneva, e che l'altro abbia soprasseduto, o che impedito da qualche acci-

dente fortuito, non abbia potuto ricevere ciò che gli apparteneva nel deposito, e che in seguito il depositario sia divenuto insolvibile, o che abbia perduto il deposito, *senza frode però per la sua parte*, noi non permettiamo al coerede negligente alcuna azione contro il coerede diligente, per togliergli dalla sua porzione ciò che egli non ha potuto ottenere della sua.

Del termine per la restituzione del deposito fissato dal contratto.

Il medesimo non pregiudica al diritto del deponente di ritirare il deposito quando più gli piaccia, anche prima che sia spirato. *Cod. civ. art.* 1944.

(Imperciocchè questo termine non si considera prescritto per l'interesse del depositario il quale non può far uso del deposito, senza il consenso del proprietario, ma in favore del deponente per liberarlo dalla custodia della cosa depositata.)

Si deposuero apud te ut post mortem tuam reddas et tecum et cum haerede tuo possum depositi agere; possum enim mutare volontatem et ante mortem tuam depositum repetere . . . . L. 1 §. 4 Dig. *deposit.*

» Quando io abbia depositata qualche cosa fra le tue mani, perchè sia restituita dopo la tua morte (od a me, od al mio erede) io posso promovere l'azione tanto contro di te quanto contro il tuo erede, onde mi sia restituita, perciocchè io ho potuto cambiare di volontà. . . . . »

Questo diritto, come l' osserva Domat, *ibid. sect.* II. *num.* IV. è reciproco; avvegnachè il deposito essendo di sua natura gratuito, non sarebbe giusto che il deponente potesse ritirarlo prima del termine convenuto, e che il depositario non potesse liberarsene (34).

---

(34) Ma per questa volta non posso coll' autore convenire nell' osservazione del dotto Domat. Il deposito è regolarmente un contratto, che si forma a comodo esclusivo del deponente, avendo il depositario tutto l' incomodo senz' alcuna compensazione per essere nell' originale suo carattere gratuito. Quindi il tempo convenuto per la custodia delle cose depositate siccome tutto è considerato per l'interesse del deponente, non può giammai opporre un ostacolo ad un' anticipata ripetizione del deposito; ed altronde il depositario viene in tal guisa liberato più presto dal peso della custodia. Ma riguardato il contratto ne' suoi rapporti al deposita-

Del luogo in cui deve essere fatta la restituzione del deposito.

» Se nel contratto di deposito si è indi-

---

rio, non si può dire egualmente ch' esso possa liberarsi prima del termine degli assunti impegni: nè dall' essere il deposito di sua natura gratuito poteva l' autore rilevare una pretesa ingiustizia, se il deponente potesse ripeterlo prima del termine, e il depositario non potesse liberarsene. Se le obbligazioni nascono egualmente dai contratti gratuiti che dagli onerosi, e se il depositario non può, dietro la perfezione del contratto, non riconoscere singolarmente la sua obbligazione di custodire fedelmente il deposito a tutto il tempo convenuto, quando al deponente non piaccia di ripeterlo anteriormente, non vedo alcun principio di ragione per cui sull' idea del contratto gratuito siasi potuto altrimenti ragionare. *Geritur enim negotium invicem: et ideo invicem propositæ sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficii ac nudæ voluntatis fuerat, converti in mutuas præstationes actionesque civiles . . . . Voluntatis enim est suscipere . . . . necessitatis consummare.* V. la L. 17 D. *com. Nam plerumque non est permittendum officium quod semel suscepit contra legem depositionis deponere, nisi iustissima causa interveniente.* L. 5 §. 2 D. *dep.* Il testo citato da Domat, cioè la L. 1 §. 36 *eod* si riferisce ad un caso singolare e ben diverso da quello che forma l' oggetto della

cato il luogo in cui deve farsi la restituzione, il depositario è tenuto di trasportarvi la cosa depositata. *Se occorrono spese*

---

questione: ivi si suppone che uno degli eredi abbia voluto ripetere dal depositario la sua porzione del denaro depositato, e chiuso in un sacco sigillato. Fattane la restituzione con le prescritte cautele, il rimanente del deposito si ritiene dal depositario, se lo vuole, oppure si custodisce in un tempio (presso i Romani era frequente l' uso del deposito ne' tempj), se lo ricusa — *residuo vel apud eum remanente, si hoc voluerit . . . . vel si recusaverit hoc, in æde deponendo.* Di fatti il depositario non può essere contra la sua volontà aggravato oltre quello che importino le conseguenze del deposito. Ma se dopo di avere ad un erede restituita una parte del deposito, che ha ricevuto da un solo, ed importava perciò l'obbligo di una sola restituzione, potesse il depositario obbligarsi all'ulteriore custodia del rimanente, soffrirebbe un aggravio oltre la natura stessa del deposito, il quale nel premesso caso verrebbe in certo qual modo a moltiplicarsi, riducendosi a tanti depositi, quante sono le porzioni degli eredi del deponente. Chiudo questa mia annotazione con l' eguale dottrina dell' autorevole Vinnio *in comment. ad inst. lib. 3 tit.* 15 §. 3 — *Potest vero is qui deposuit, quovis tempore rem depositam repetere, et repetenti ante tempus constitutum reddenda est. At ex contrario deposita-*

di trasporto, sono a carico del deponente. « Cod. civ. art. 1942.

» Se il contratto non indica il luogo della restituzione, deve questa farsi nello stesso luogo del deposito. « *Ib. art.* 1943.

Si de pluribus locis convenit, in arbitrio ejus est quo loco exhibeat.

» Se la convenzione parla di più luoghi, (e che non sia stato stipulato in quale sarà restituita la cosa) la scelta del luogo appartiene al proprietario. «

(Se non esiste alcuna convenzione rispetto alle spese di trasporto) » e che io

---

rius ante tempus statutum rem restituere volens officio suo non liberatur, nisi iustissima causa interveniat. Vitiosa enim est quorumdam in hac re deponentis et depositarii comparatio. Etenim cum totum hoc negotium ex utilitate deponentis æstimatur, etiam ad voluntatem eius dirigendum est, quam sine incommodo depositarii mutat, si rem ante tempus definitum repetat. At non sine incommodo deponentis futurum est, si depositario permittamus officium, quod semel suscepit, contra legem contractus deponere. Ita ex adverso commodatum pro libitu quidem accipientis reddi, sed pro arbitrio dantis repeti non potest.

abbia depositata nelle tue mani, in un viaggio da me fatto in Asia, una cosa, affinchè tu me la restituisca a Roma, sembra conforme all'equità che le spese di trasporto non siano a carico del depositario, ma del deponente.

Si in Asia depositum fuerit ut Romae reddatur, videtur id actum ut non impensa ejus fiat apud quam depositum sit, sed ejus qui deposuit. L. 12 Dig. *depos.*

(7) » Il depositario *infedele* non è ammesso al beneficio della cessione. « *Cod. civ. art.* 1945.

Qualunque obbligo del depositario s'estingue, quando venga a scoprire ed a provare essere egli stesso il proprietario della cosa depositata. « *Ib. art.* 1946 (35).

---

(35) *Si tamen ignorans latro, cuius filio vel servo rem abstulisset, apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem, nec ex iure gentium consistet depositum; cuius hæc est potestas, ut alii non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur: et si rem meam fur, quam me ignorante subripuit apud me etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit, recte dicetur non contrahi depositum: quia non est ex fide bona, rem suam dominum praedoni*

(Avvegnachè non è più un deposito, ma una restituzione che gli è stata fatta.)

V.

Delle obbligazioni della persona da cui venne fatto il deposito.

Si riducono queste a due, per le quali il deposito diviene la garanzia del depositario. —

1. » Rimborsare il depositario delle spese fatte per conservare la cosa depositata.

2. Indennizzarlo di tutte le perdite che il deposito può avergli occasionato. « *Cod. civ. art.* 1947. (36)

---

restituere compelli: sed etsi etiam nunc ab ignorante domino tradita sit, quasi ex causa depositi, tamen indebiti dati condictio competet. L. 31 §. *ult.* D. *dep.*

(36) *Ei, apud quem depositum esse dicetur, contrarium iudicium depositi datur: in quo iudicio merito in litem non iuratur: non enim de fide rupta agitur, sed de indemnitate eius, qui depositum suscepit* L. 5 *in pr.* D. *dep.* — *Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num æque*

Queste due obbligazioni sono la conseguenza della proprietà che conserva il deponente.

Sumptus causa qui necessarie factus est semper precedit; nam deducto eo bonorum calculus subduci solet. L. 12. Inf. Dig. *depos.*

» La causa delle spese necessarie precede sempre (la restituzione del deposito), avvegnachè il calcolo giusta la pratica si deduce sulla proprietà. «

V.

---

dicendum sit omnimodo damnum præstari debere? Et quidem hoc amplius, quam in superioribus causis servandum, ut etiam si ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur: iustissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere, nam licet alioquin æquum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit: multo tamen æquius esse nemini officium suum, quod eius, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperit, damnosum esse. L. 61 §. 5 D. *de furt.*

V.

Del deposito necessario.

Nel preambolo del presente titolo si è spiegato ciò che si chiama deposito necessario, il quale è di due specie. Risulta l' uno da quelle subitanee calamità imprevedute, le quali non lasciano a colui che le prova altra risorsa che di gettarsi nelle braccia dell' uomo che si offre in suo ajuto; di confidargli ciò che spera di salvare dal naufragio di sua fortuna.

Se quest' uomo è un traditore che non abbia altro scopo che di arricchirsi colle spoglie dello sfortunato che implora la sua assistenza; se questi nega il deposito, le leggi romane non solo lo condannano alla restituzione di detto deposito, ma al pagamento del doppio valore della cosa depositata, *come ladro*; e bella è la ragione che le stesse adducono: *Crescit perfidiae crimen et publica utilitas coaercenda ut vendicandae reipublicae causa*. L. 1, §. 4. Dig. *depos*.

Non è semplicemente un depositario infedele; » la di lui perfidia è tanto più grande (a motivo che non è stato scelto volontariamente) ma vi è compromesso l'interesse dello stato, la causa pubblica, la quale invoca la vendetta di un tale delitto. «

L'altra specie di deposito necessario è quello dei viaggiatori, dei passaggeri costretti a consegnare i loro effetti agli albergatori, ai vetturali, ai padroni delle navi, i quali non sono responsali soltanto delle loro proprie mancanze o del loro dolo, ma eziandio della frode, della negligenza di tutti coloro che loro sono subordinati; responsabili di tutti i furti che si commettono nei loro edifizj, a riserva di quelli fatti colla forza armata.

Il carattere che distingue il deposito necessario da quello volontario, è, come si è esposto nel preambolo di questo titolo, di essere suscettibile, quanto alla prova del contratto, della prova testimoniale, a qualsivoglia valore lo stesso ammonti.

Nel rimanente, l'uno e l'altro sono assoggettati alle stesse regole. *Codice civile*

articoli 1949, 1950, 1951, 1952, 1953, 1954.

VI.

Del sequestro.

(1) » Il sequestro ha luogo, quando la proprietà di una cosa (mobiliare od immobiliare) viene impugnata. Ciascuno dei contendenti si considera come deponente e tenuto solidariamente per questo titolo alle spese del sequestro. »

. . . . *Id fit, cum aliqua res in controversiam deducitur; itaque hoc casu unusquisque videtur in solidum deposuisse.* L. 17, C. *depos.*

(2) La sola buona fede, l'amore della pace, possono inspirare ai contendenti di deporre presso un terzo la cosa controversa per essere restituita a quegli che ne sarà dichiarato il proprietario.

Ed è questo il *sequestro convenzionale.* Codice civile, art. 1955, 1956, 1957.

In mancanza di convenzione il giudice ordina il sequestro, o *nomina il depositario* dei mobili pignorati al debitore.

Il *deposito giudiziale* di una cosa mobiliare della quale viene controversa la proprietà.

Il *sequestro o locazione giudiziale*; (io riunisco le denominazioni di detto contratto, usitate nell'antico diritto di Francia e nel nuovo) di un immobile, (depositato presso il giudice dal creditore pignorante, o dalle parti fra le quali verte la contesa sulla proprietà o possesso della cosa in questione.)

» Il deposito delle cose che un debitore » offre per la sua liberazione. » Chiamansi queste *offerte reali*, le quali potrebbero essere illusorie, se non fossero seguite dal deposito ordinato dal giudice.

Sono queste le diverse specie del *sequestro giudiziario*. Ibid. art. 1961.

(3) Il sequestro convenzionale può non essere gratuito. *Ibid. art.* 1957.

La differenza consiste nella responsabilità del depositario. L'uno, come l'abbiamo esposto sopra, non è responsale che del dolo e della grave mancanza. E' tenuto l'altro anche della colpa leggera, come lo è il conduttore a cui la legge lo pareggia.

. . . . *Siquidem merces intervenerit custodiae; puto esse actionem ex conducto.* L. 1 §. 9 dig. *depos.*

» Se venne stipulata una ricompensa, io sono di avviso che questa produce l'azione risultante dall'*affitto.* »

Il deposito giudiziario importa sempre una mercede.

» (Esso) produce fra il sequestrante, ed il depositario stesso vicendevoli obbligazioni.

(4) » Il depositario deve usare per la conservazione delle cose sequestrate, la diligenza di buon padre di famiglia.

» Deve presentarle, tanto per soddisfare il sequestrante colla vendita, quanto per restituirle alla parte contro cui sono state fatte le esecuzioni, in caso di revoca del sequestro. » (Ha luogo lo stesso in ogni sorta di deposito giudiziario; il depositario a questo riguardo può essere obbligato coll' arresto.)

» L'obbligo del sequestrante (o del proprietario) consiste nel pagare al depositario (del sequestro) il salario stabilito dalla legge » (Dal che risulta, in favore del

depositario, un privilegio sopra la cosa depositata, come si disse al N. IV) *Codice civile art.* 1962.

(5) Il sequestro o deposito giudiziario può essere convenzionale in questo senso che le parti possono convenire della scelta della persona che sarà incaricata del deposito. Se le medesime non ne convengono, viene nominata *ex officio* dal giudice. *Ibid. art.* 1963.

(6) » Nell' uno e nell' altro caso, quegli cui venne affidata la cosa, è sottoposto a tutti gli obblighi che produce il sequestro convenzionale. » *Ibid.*

La principale consiste,

» Nel non potere essere liberato *prima che sia terminata la controversia*, se non che mediante il consenso di tutte le parti interessate, o per una causa giudicata legittima. » *Ibid. art.* 1960.

Si velit sequester officium deponere, quid ei faciendum est? Adire praetorem . . . . sed . . . . plerumque non est permittendum officium quod semel suscepit, contra legem depositionis deponere; nisi justissima causa interveniat. L. 5 §. 2 dig. *depos.*

» Se il depositario del sequestro vuol deporre il suo efficio che deve egli fare? Ricorrere al pretore . . . . Più frequentemente però il magistrato non deve permettergli di liberarsene contro la legge del deposito, dell' obbligazione da esso contratta; *quando non venga a ciò determinato dai motivi i più giusti.* »

TITOLO XVII.

Dei contratti di sorte.

NB. Questo titolo non ne ha alcuno nelle leggi civili di Domat che vi corrisponda.

» Il contratto di sorte è una convenzione reciproca i cui effetti, relativamente al guadagno ed alla perdita o per tutti i contraenti, o per uno o più di essi, dipendono da un avvenimento incerto.

» Tali sono il contratto di assicurazione,

» Il prestito a tutto rischio,

» Il giuoco e la scommessa,

» Il contratto vitalizio.

» I due primi sono regolati dalle leggi marittime. » *Codice civile art.* 1964.

I medesimi quindi devono essere rimandati al Codice della marina.

Si aggiunga: Ed in generale, tutte le convenzioni mediante le quali si cangia un avere certo ed attuale contro uno futuro ed incerto. Imperocchè, in ogni tempo, gli uomini si sono occupati a realizzare le

loro speranze. Tale è la vendita di una eredità *seguita*, la quale può essere o utile, o nulla, od anche dannosa; tali sono tutti i contratti designati dalle leggi romane sotto il nome dell'*jactus retis*, « la vendita di una retata, » i quali per questo motivo, non sono suscettibili di rescissione per lesione, qualunque ella sia.

Veggansi i titoli *delle convenzioni in genere, e del contratto di vendita.*

I.

Del giuoco e della scommessa.

In conformità del Codice civile noi riuniamo questi due oggetti; perciocchè non ne formano questi che un solo di loro natura, non essendo il giuoco che una scommessa successiva sopra i colpi della sorte.

» Quello che vi sembrerà sorprendente, (dice Tacito, de'Germani nostri antenati) senza essere presi dal vino, collocano gli giuochi d' azzardo tra le serie occupazioni, con una tale avidità pel guadagno, con una tale temerità nella perdita, che quando es-

si mancano di tutto, con un estremo colpo dispongono della loro persona e della loro libertà. »

Aleam quod mirere, sobrii inter seria exercent; tanta lucrandi perdendique temeritate ut, cum omnia defecerint, extremo et novissimo jactu de libertate et corpore contendant.

Victus voluntariam servitutem adit. . . . Tacit. *de morib. germ.*

Il vinto si sottopone ad una schiavitù volontaria.

Tale è la forza di questo movente più possente della stessa virtù, quando sia diretto verso il pubblico bene, più terribile del ferro de' Carnefici, allorchè odiosi maneggi arrivano ad ingannare la moltitudine, l'onore.

Che possono le leggi contro una autorità la quale, per parlare il linguaggio di Montesquieu, riguarda come regola costante: « che le cose che essa proibisce sono vietate più rigorosamente, quando le leggi non concorrano a proscriverle; e che quelle che essa esige sono più fortemente assai prescritte, quando le leggi non le richiedano? *Spirito delle leggi* L. 4 cap. 2.

Spinto dai soffj impetuosi di venti tempestosi, troppo soventi è astretto il Piloto di bordeggiare, e di trarre partito, col mezzo di un' apparente contraddizione, in favore degli sventurati, da un male contro il quale una diretta resistenza non avrebbe altro effetto che di spezzare i suoi alberi.

Questo è quello che ha dimostrato l'esperienza di tutti i secoli. —

Nell' antica Roma, il pretore si limitò a negare ogni azione contro quelli che avessero commesse delle violenze nelle case di giuoco, per opporsi a siffatta trufferia, e reprimere, secondo l'esigenza dei casi coloro che impiegherebbero la forza per sostenerlo.

Praetor ait; si quis eum apud quem ludum esse dicetur, verberaverit, damnumve ei dederit; sive quid eo tempore dolo ejus substractum fuerit, judicium non dabo.

In eum qui aleae ludendae causa vim intulerit, uti quaeque res erit animadvertam L. I. Dig. *de aleator.*

» Il pretore dice : non giudicherò contro colui che avrà percosso un padrone di una casa da giuoco che gli avrà cagionato qual-

che danno, che gli avrà rubata qualche cosa durante il giuoco.

» Secondo l'esigenza dei casi, io punirò colui che avrà impiegata la violenza, per abbandonarsi ai giuochi di azzardo. »

Per tal modo si abbandonava la polizia alla moltitudine, assai incapace di esercitarla.

Per reprimere siffatto abuso, Giustiniano ebbe ricorso ad un mezzo apparentemente più sicuro. —

Victum in aleae casu non posse conveniri; et si solverit habere repetitionem, tam ipsum quam haeredes ejus adversus victorem, et ejus haeredes, idque perpetuo; etiam post triginta annos. Quod si vel ipse vel haeredes repetere neglexerint, liceat cuique volenti, et precipue civitatis in qua id factum est primati vel defensori, repetere et in opera civitatis impendere . . . . . . L. 1. C. *eod.*

(Noi vogliamo) » che contro il vinto, ai giuochi di azzardo non possa essere promessa alcuna azione (per debito di tale natura) e che ad esso ed a' suoi eredi competa l'azione *in perpetuo* anche dopo i trent'

anni, contro il vincitore, per ripetere ciò che per avventura avesse pagato. Che se il medesimo trascura di esercitare una siffatta azione, appartenga la medesima a chi voglia farne uso, ed in particolar modo al vescovo ed al difensore della città, *per impiegarne la somma restituita in opere pubbliche.* «

Vana precauzione contro i pregiudizj dell'onore!

Nel ristabilimento dell'ordine, dopo l'anarchia feudale, San Luigi ed i suoi successori ebbero ricorso ai mezzi coattivi. —

Noi vogliamo (dice un'ordinanza di San Luigi dell' anno 1254) che coloro che tengouo delle case di giuoco sieno severamente puniti. *Volumus omnino tenentes eas* (*aleas*) *districtius puniri.* Le ordinanze di Moulins, art. 56, di Blois, nel 1577; la dichiarazione di Luigi XIII. del 30 maggio 1611, l'ordinanza del 1629, sembrano avere fatto a gara nel prescrivere delle precauzioni per reprimere siffatto disordine.

» La giurisprudenza non si è allontanata giammai da siffatte disposizioni. Si ammette la prova testimoniale, quando lagnasi di avere contratto un debito al giuoco. «

Discorso del consigliere di stato Portalis.

(Ciò che deve intendersi del caso in cui il fatto allegato è corredato di un cominciamento di prova per iscritto; diversamente sarebbe cosa facile con insussistenti allegazioni, e con fidi testimonj, di eludere la fede dovuta agli atti.)

Si aggiunga che il diritto di ripetere ciò che è stato pagato, è da molto tempo caduto in desuetudine. Chi mai avrebbe avuto l' ardire d'intentare una tale azione, se non accusasse il suo vincitore di truffa?

Tale è lo spirito che ha dettati gli articoli 1965 e 1966. del nuovo Codice.

» La legge non accorda azione veruna per un debito di giuoco, o pel pagamento di una scommessa. . . .

» Il perdente non potrà in verun caso ripetere quanto avesse volontariamente pagato, purchè per parte del vincitore non siavi stato dolo, soperchieria o truffa. » Ibid

La legge eccettua quei nobili esercizj che risalisccono alla più rimota antichità. » Non vi è gloria, dice Omero (*a*), più grande

---

(*a*) Odissea cap. 13.

per un uomo coraggioso di quella che esso acquista colla velocità del suo corso, col vigore del suo braccio. «

I Romani li eccettuavano, L. 2. Dig *de aleat.* L. 2. C. *eod.* E non ostante l'esempio dei nostri vicini ha fatto troppo soventi degenerare le scommesse nelle quali essi s'impegnano, in un ruinoso delirio.

» I giuochi proprj ad esercitare al maneggio dell'armi, le corse a piedi od a cavallo, quelle dei carri, il giuoco della palla, ed altri di tal natura che tendono ad esercitare il corpo sono eccettuati dalla disposizione precedente.

» Il tribunale potrà però rigettare la domanda (per pagamento della scommessa) *qualora la somma gli sembri eccessiva.* « Cod. civ. art. 1966.

II.

Del contratto della rendita vitalizia.

Al titolo delle cose, io ho sviluppata con una sufficiente estensione l' origine e la natura della rendita costituita o vitalizia, per non ritornare più su tale materia.

Redimibile l' una in perpetuo malgrado ogni contraria stipulazione, la quale non può che ritardare la facoltà del riscatto, senza annientarlo, a termini dell' art. 1911 del nuovo codice, e dell' articolo addizionale compreso nella legge del 30 ventoso, quantunque mobiliare giusta le nuove nostre leggi, immobiliare secondo le antiche, è non ostante rappresentativa della proprietà dell' immobile produttivo dei frutti che avrebbe potuto acquistarsi col capitale della rendita.

Non redimibile l' altra, anche per mancanza di pagamento delle annualità della rendita è assai meno un contratto di sorte relativamente al punto di vista sotto di cui

essa

essa potrebbe essere pareggiata a quelle convenzioni sopra la vita degli uomini rigettate del pari e dalla natura e dalla legge, come l'acquisto di un vero usufrutto civile, facoltà della quale possono abusare le umane passioni, ma che non è però meno la conseguenza necessaria del diritto di proprietà.

Dimostriamo che tutte le disposizioni dell' antico nostro diritto e del nuovo Codice, perfettamente in questa parte d'accordo, sono lo sviluppo di questa definizione.

(1) La rendita vitalizia può essere costituita a titolo gratuito od oneroso, purchè, nel primo caso, ella sia costituita a profitto di una persona capace di ricevere, rivestita delle forme prescritte per le disposizioni tra vivi o testamentarie, e che la stessa non ecceda la parte disponibile. *Codice civile art.* 1971, 1972, 1973.

Il proprietario quindi può donare l'usufrutto della sua cosa, purchè ciò sia a persona capace di ricevere, con un atto rivestito delle forme prescritte dalla legge, e che l'usufrutto donato o legato non ecceda la porzione disponibile dei suoi beni.

(2) Il prezzo dell' acquisto di un usufrutto non può essere determinato. Conciossiachè dipende questo dalla probabilità dell' esistenza di quegli a cui il medesimo è accordato.

Quindi, la misura della costituzione di una rendita vitalizia dipende dalla volontà delle parti. *Ibid. art.* 1976.

E' qui dove il contratto della rendita vitalizia è di sorte, come la vendita di un usufrutto.

(3) L' usufrutto può essere separato dalla proprietà durante la vita di una o di più persone.

Quindi, » la rendita vitalizia può costi-
» tuirsi sopra la vita di una o di più per-
» sone. » *Ibid. art.* 2972.

(4) Come l' usufrutto può essere separato dalla proprietà, o durante tutta la vita dell' usufruttuario, o durante un tempo determinato dal contratto, sia che questo sia minore, o che ecceda la vita dell' usufruttuario.

Quindi, » la rendita vitalizia può essere
» costituita tanto sopra la vita di colui che
» somministra il prezzo, quanto su quella
» di un terzo che non ha diritto alla ren-
» dita. » *Ibid. art.* 1971.

E' mestieri aggiungere : che non avrà diritto di goderne che dopo la morte di colui che l'ha acquistata.

(5) In questo caso, egualmente che in quello in cui la rendita vitalizia fosse stata stipulata a profitto di un terzo che non ne avesse somministrato il prezzo, quantunque non assoggettata alle forme prescritte per le donazioni tra vivi e testamentarie, sarebbe una liberalità, la quale però non potrebbe eccedere la porzione dei beni dell' acquirente. *Ibid. art.* 1973.

Quindi allorchè io acquisto un usufrutto per un terzo, io lo gratifico di detto usufrutto, senza essere assoggettato ad altre formalità che quelle del contratto di vendita; salva la riduzione, quando il prezzo dell' acquisto eccedesse la porzione disponibile dei miei beni.

(6) La vendita dell' usufrutto è nulla, se quegli a di cui vantaggio era stata acquistata fosse morto all' epoca del contratto. Sarebbe questo un legato divenuto caduco in causa della morte preventiva del legatario al testatore.

Quindi, » il contratto di una rendita

» vitalizia sopra la vita di una persona che
» al tempo del contratto già fosse defunta,
» non produce alcun effetto. » *Ibid. art.* 1974.

Il nuovo Codice aggiunge : » Lo stesso
» ha luogo riguardo al contratto con cui
» la rendita vitalizia fosse stata stabilita
» sulla vita di persona inferma la quale
» muoja entro venti giorni dalla data del
» contratto. » *Ibid. art.* 1975.

Disposizione nuova simile a quella dell' articolo 131 dell' ordinanza del 1539, alla quale si è conformato lo statuto di Parigi.

» Tutte le donazioni, abbenchè elleno
» siano qualificate tra vivi, fatte da perso-
» ne giacenti a letto ed inferme della ma-
» lattia della quale poscia muojano sono
» considerate fatte in causa di morte e te-
» stamentarie e non tra vivi. » *Statuto di Parigi art.* 277.

(7) Lo scioglimento del contratto della rendita vitalizia, se il costituente non gli somministra le cautele sufficienti per la sua esecuzione. *Codice civile art.* 1977.

(8) La sola mancanza del pagamento delle annualità decorse non autorizza l' acqui-

rente di una rendita vitalizia a chiedere il rimborso del capitale od a rientrare in possesso del fondo alienato; similmente la mancanza momentanea del godimento, per la parte dell' usufruttuario, non basta per autorizzarlo a sciogliere il contratto; ma ha soltanto l' azione per la spropriazione dei beni del suo debitore, non che il diritto d' instare perchè venga ordinato che dal prodotto della vendita sia prededotta e si faccia l'impiego di una somma bastante per soddisfare le annualità arretrate. *Art.* 1978.

(9) Siccome il proprietario non avrebbe il diritto di chiedere lo scioglimento del contratto in forza di cui egli avesse ceduto l' usufrutto della sua cosa, offrendo di restituire il prezzo, senza avere riguardo ai frutti che l' acquirente avesse percetti;

Così, » il costituente non può liberarsi » dal pagamento della rendita (vitalizia) » con offrire il rimborso del capitale, e » con rinunciare alla ripetizione delle an» nualità pagate . . . . » *Ibid. art.* 1979.

(10) Parimenti siccome l'usufruttuario gode *dictim* (giorno per giorno) secondo l' espressione delle leggi, delle cose delle quali

è usufruttuario; così la rendita vitalizia è dovuta agli eredi del creditore *in proporzione del numero dei giorni che ha vissuto.* » Se però, si è convenuto che fosse pagata » anticipatamente, la rata anticipata l'ac» quista dal giorno in cui è scaduto il pa» gamento. » *Ibid. art.* 1980.

(11) Per la ragione che l'usufrutto non si estingue colla morte civile dell'usufruttuario, ma passa ai di lui eredi per continuarne il godimento fino alla morte naturale di quegli cui apparteneva l'usufrutto, per la stessa ragione deve continuare il pagamento della rendita vitalizia, per tutta la vita naturale del proprietario. *Ibid. art.* 1982.

(12) Ciascuno è padrone d'imporre quelle condizioni che vuole alla sua liberalità; in conseguenza quegli che fa dono ad un terzo di una rendita vitalizia, può dichiararla non soggetta a sequestro.

Non ha luogo lo stesso principio rispetto a colui che acquista una tale rendita con danaro. Una tale stipulazione verrebbe considerata fatta in frode de' suoi creditori. *Ibid. art.* 1981.

(13) » Il proprietario di una rendita vi-
» talizia non può chiedere le annualità se
» non giustificando l'esistenza sua, o della
» persona sopra la cui vita è stata costi-
» tuita. » *Ibid. art.* 1983.

TITOLO XVIII.

Del mandato.

Corrispondente al titolo XV del libro I. delle leggi civili di Domat.

» Il mandato o procura (giacchè questi vocaboli sono sinonimi) è un atto con cui » una persona attribuisce ad un' altra la » facoltà di fare qualche cosa per essa ed » in suo nome. » *Codice civile art.* 1984.

La legge romana contiene questa definizione e ne sviluppa i motivi.

Usus procuratoris perquam necessarius est, ut qui suis rebus superesse vel nolunt vel non possunt, per alios possint vel agere vel conveniri. L. 1, §. 2, *Dig. de proc.*

» L' uso del procuratore è molto necessario, perchè quelli che non vogliono o » non possono attendere per se stessi ai loro » proprj affari, possono agire o difendere » coll' altrui mezzo le azioni intentate con» tro di essi.

Fin qui il mandato non è che un potere dato dal proprietario a quegli che incarica di rappresentarlo. Non diviene il medesimo un contratto che mediante l'accettazione del mandatario.

» Il contratto non è perfetto che colla » accettazione del mandatario. » *Codice civile ibid.*

Nella maniera che abbiamo fatto nel titolo precedente, stabiliamo alcuni principj estratti dalle leggi romane, ai quali applicheremo le disposizioni del nuovo Codice.

I.

Della natura e della forma del mandato.

(1) Il mandato, propriamente detto, egualmente che il deposito, è di sua natura gratuito. Se io stipulo un salario pel servigio che voi vi assumete di rendermi, questa cosa non è più un mandato, ma una locazione del vostro tempo, de' vostri travaglj *Mandatum nisi gratuitum nullum est; nam*

originem ex officio et amicitia trahit. Contrarium ergo est officio merces ; interveniente enim paecunia, res ad locationem conductionem potius pertinet. L. 1, §. ult. dig. *mand.* Inst. *mand.* §. 13.

» Il mandato è nullo, quando non sia gratuito; perciocchè esso trae la sua origine dalla beneficenza e dall' amicizia; e non v' ha cosa maggiormente contraria alla beneficenza, quanto la stipulazione di un prezzo. Se un interesse pecuniario degrada il prestato servigio, questa cosa non è più un mandato, ma una locazione un' affitto.»

E con tutto ciò si considererà per avventura come un vile salario, la giusta indennizzazione, anche stipulata, in favore di quelli uomini, i quali chiamati dalla pubblica confidenza, alle onorevoli funzioni di consiglieri, di difensori dell' umanità che soffre, vi consacrano il loro tempo ed i loro penosi travaglj? No, certamente; il mandato deve essere gratuito; ma non oneroso al mandatario.

» Il mandato è gratuito, *quando non vi*

sia patto in contrario. » Codice civile art. 1986. (37)

Il medesimo titolo delle instituzioni distingue egli pure cinque specie di mandati.

---

(37) Il mandato tiene la sua origine dall' officiosità e dall'amicizia, al cui carattere sarebbe certamente contraria una mercede, come se il mandatario volesse negoziare sul benefizio della sua opera, ma è ben conveniente alla stessa amicizia la rimunerazione di un'opera gratuita; e perciò dice il giureconsulto nella l. 6 *mand.* che, *si remunerandi gratia honor intervenit*, *erit mandati actio.* Questo vocabolo *honor* significa propriamente quella somma di danaro che si dà al mandatario per onorarlo e rimunerarlo, detta quindi *onorario* per distinguerlo dalla mercede. La costituzione per tanto di un onorario, ossia di un salario non impedisce che abbia luogo l'azione del mandato per tutti gli oggetti che possono entrare in questo giudizio, se il salario non fosse stato convenuto; i riguardi soltanto al carattere originale di questo contratto avevano nel diritto romano prodotta una singolare dottrina che l'onorario non coll'azione ordinaria del mandato, ma *extra ordinem* si dovesse dimandare: *salarium procuratori constitutum*, *si extra ordinem peti coeperit*, *considerandum erit* : *an laborem dominus remunerare voluerit*; *atque ideo*

Mandatum contrahitur quinque modis, sive sua tantum gratia, aliquis mandet, sive sua et tua, sive aliena tantum, sive sua

---

fidem adhiberi placitis oporteat; an eventum litium, majoris pecuniae praemio, contra bonos mores procurator redemerit, l. 7 D. *mand. Adversus eum cuius negotia gesta sunt, de pecunia, quam de propriis opibus, vel ab aliis mutuo acceptam erogasti, mandati actione pro sorte et usuris potes experiri. De salario autem quod promisit, apud praesidem provinciae cognitio praebebitur*, L. 1 C. *eod.* Che se fosse stato promesso un onorario, ma non determinata la quantità, il romano diritto non somministrava al mandatario alcun'azione: *salarium incertae pollicitationis neque extra ordinem recte petitur, neque iudicio mandati, ut salarium tibi constituat*, l. 56 §. 3 D. *eod.* L' uso per altro proscrisse questo soverchiamente sottile principio di diritto; onde il mandatario può domandare che il salario promessogli sia tassato in ragione della persona, e della cosa che formava il soggetto del mandato: *romani iuris de pollicitationibus et nudis pactis subtilitas iamdudum moribus nostris sublata est: ideoque hodie incertae pollicitationis sive promissionis salarium petitur et taxatur pro ratione personae et rei, cui est navata opera.* Groenew *de ll. abrog. ad tit Cod. mand. sub.* l. 17.

et aliena, sive tua et aliena. At si tua tantum gratia tibi mandatum sit, supervacuum est mandatum; et ob id nulla ex eo obligatio, nec mandati inter vos actio nascitur. Inst. *de mand. in princ.*

» In cinque maniere si perfeziona il mandato: o per vantaggio del mandante soltanto, o pel mio e tuo profitto, o per quello semplicemente di un terzo, o per il mio e per quello di un terzo, o per il tuo e per quello di un terzo contemporaneamente. Conciossiachè il mandato il quale non ha altro oggetto che il tuo vantaggio è superfluo; e per tale ragione esso non contiene alcuna obbligazione, e non produce alcuna azione rispettiva. »

» Egli è questo piuttosto un consiglio che un mandato, » dice il §. 6 Inst. *eod. cujus generis mandatum, magis consilium quam mandatum est.* — Per l'interesse di un terzo dite voi? Che dunque! Non è questa una regola di diritto « che nessuno può stipulare per un terzo. » *Alteri stipulari nemo potest.* L. 38 §. 17 dig. *de verb. obl.* Senza dubbio questo principio è evidente; lo che non impedisce che io non

possa « incaricarti di prendere la cura degli affari di Tizio, di acquistare un fondo per Tizio, di garantire per Tizio. »

(In siffatto caso non è Tizio quegli che si è obbligato, ma io lo sono in virtù della missione di cui ti ho incombenzato.)

Aliena tantum causa intervenit mandatum; veluti si tibi aliquis mandet ut Titii negotia gereres, vel ut Titio fundum emeres, vel ut pro Titio sponderes. Inst. *ibid.* §. 3.

(2) Queste distinzioni servono a determinare la cura della cosa altrui, della quale è responsale il mandatario.

Quando il medesimo ha accettato il mandato a solo oggetto di obbligare quegli che lo ha incaricato della sua procura, sarebbe cosa ingiusta di esigere da esso una attenzione maggiore di quella che non ne suole avere nei suoi particolari affari; la qual cosa è chiamata dalle leggi romane *latam culpam*, « lata mancanza, » se poi la procura ha avuto per oggetto l'interesse delle due parti, il medesimo sarà responsale della culpa « anche piccola » *levem culpam*, che un attento padre di famiglia avrebbe evitata; se poi è unicamente coll' intenzio-

ne di gratificarlo, che il proprietario gli ha confidata la cura de' suoi affari, in tal caso risponderà anche « della più lieve colpa, » *levissimam culpam.*

Queste regole, basate sulla ragione e sull'equità, comuni a tutte le convenzioni, dal nuovo Codice sono adattate espressamente al mandato.

» Il mandatario è responsabile non solamente per il suo dolo, ma anche per le colpe commesse nell'esecuzione del mandato.

» Tale risponsabilità però riguardo alle colpe è applicata meno rigorosamente a quello il cui mandato è gratuito, che non sia a colui che riceve una mercede. » *Codice civile art.* 1992. (38)

---

(38) Non sono abbastanza persuaso della ragione su cui può essere fondata la seconda parte di quest' *art.* Credo anzi preferibile la dottrina del romano diritto che nel mandato gratuito esige dal mandatario la più scrupolosa diligenza riguardo all' accettata esecuzione del mandato stesso. *At veteres,* così ragiona il dottissimo Noodt, *ne quid de levi culpa dicam, etiam levissimam praestare eum voluerunt; possitque hoc alicui videri durum: exi-*

(3) Noi abbiamo osservato che la sola amministrazione volontaria degli affari altrui, abbenchè possa la medesima essere disapprovata dal proprietario, abbenchè non abbia contro di lui alcun effetto che me-

---

stimanti, in mandato quia est gratuitum, et maxime spectat ad utilitatem mandatoris, perinde ut in deposito, tantum praestandum esse dolum et latam culpam. Sed interest inter utrumque contractum: nam mandatum continet negotiorum gestionem, nec est contentum fide sed praeterea opus habet industria et peritia negotio consentanea, hanc mandator spectat et a mandatario exigit iure quodam amicitiae: nec minus profitetur eam mandatarius, amici negotium gratis gerendum suscipiens, cum ad eum nihil pertineret, consequens igitur fuit, ut ad hanc quasi tacito quodam pacto adstringatur; in deposito aliter se res habet: quia in eo nihil versatur praeter custodiam, ad quam fides sufficit. V. *Comment. ad tit. mand.* Difatti l' obbligazione che nel suo carattere e nella sua estensione si ripete dall' indole stessa del contratto, e da quelle conseguenze che risultano dalla proposizione dell' uno e dall' accettazione dell' altro, non può essere in alcun modo alterata dalla circostanza di un' aggiuntavi speciale convenzione, il cui oggetto sia allo spirito della stessa obbligazione affatto estraneo.

diante la ratifica se questa interviene, forma un quasi contratto, il quale ha tutto l'effetto del mandato. Questo contratto non esige pertanto alcuna formalità. Il medesimo può essere stabilito, e per atto pubblico, e per iscrittura privata; anche una semplice lettera basta per provarlo; e non ostante, se il potere accordato al mandatario fosse soltanto verbale, la prova testimoniale non sarebbe ammessa che in conformità di quanto è stato stabilito nel titolo *delle convenzioni in genere.* Il medesimo non sarebbe veramente perfetto se non dietro l'esecuzione dalla parte del mandatario, e dietro la ratifica del mandante. *Ibid. art.* 1985.

(4) Il mandatario non agisce in suo nome; l'incapacità di contrattare per se stesso non può dunque frapporre alcun ostacolo all'esercizio della facoltà che gli è confidata. La donna maritata, anche senza l'autorizzazione di suo marito, può accettare ed esercitare la missione che le viene confidata da un terzo capace di contrattare. Lo può del pari il minore emancipato. Contrattando come procuratori delegati, essi

obbligano il mandante; ma essi non obbligano se medesimi che conformemente alle leggi le quali determinano la loro capacità personale. *Ibid. art.* 1990.

(5) Il mandante è il padrone di estendere ovvero di limitare a suo piacere le facoltà che ha accordate al suo mandatario.

Procurator vel omnium rerum vel unius rei esse potest. L 1 dig. *de proc.*

» (Il mandato) è o *speciale* e per un affare, o per certi affari solamente, ovvero è generale per tutti gli affari del mandante. » *Codice civile art.* 1987.

E nondimeno, quantunque sia concepito in termini generali, quantunque confidi al mandatario l'amministrazione la più assoluta degli affari del mandante, la legge romana e la nostra giurisprudenza non presumono che il proprietario gli abbia conferito il diritto di alienare ovvero di ipotecare, quando una tale facoltà non sia espressamente accordata nella procura.

Procurator totorum bonorum cui res administrandae mandatae sunt, res domini neque mobiles, neque immobiles . . . . sine speciali mandato alienare non potest, nisi

fructus aut res quae facile corrumpi possunt L. 63 dig. *mand.*

» Il procuratore universale, sebbene gli sia deferita l'amministrazione di tutte le cose, non può alienare nè il mobiliare nè l'immobiliare, senza uno speciale mandato, quando non siano frutti o cose soggette a deperire con facilità. »

I procuratori quindi, *ad lites*, « per gli affari litigiosi, » secondo l'espressione de' pratici, sono bensì *domini litis*, « padroni della lite, » per difendere giudizialmente le pretensioni de' loro clienti; non però per abbandonarli in tutto od in parte mediante una transazione, quando non ne abbiano ottenuta una speciale facoltà; perciocchè transigere, è lo stesso che alienare come noi lo esporremo nel titolo seguente.

Mandato generali non contineri etiam transactionem. L. 60 dig. *eod.*

» Il diritto di transigere non è compreso nella facoltà generale. »

» Il mandato concepito in termini generali non comprende che gli atti di amministrazione.

» Quando si tratti di alienare, ipotecare

o *fare altri atti di dominio*, il mandato deve essere espresso. » *Ibidem*, *articolo* 1988.

(6) Se il mandatario eccede le facoltà che gli sono state accordate, esso allora non è più il rappresentante del proprietario; diviene *negotiorum gestor*; » amministratore, senza veste, degli affari altrui. » Egli quindi continua ad essere obbligato; ma non obbliga il proprietario se non in ragione e in quanto volontariamente il medesimo ratifichi ciò che è stato fatto.

Diligenter fines mandati custodiendi sunt. L. 5. Dig. *mand.*

» Il mandatario non può fare cosa alcuna oltre ciò che è nei limiti del suo mandato: (39)

---

(39) Quando vi sia l' eccesso de' limiti a cui è circoscritto il mandato, il mandatario è bensì soggetto alle conseguenze dell' azione *diretta*, ma non ha alcun titolo per usare contro il mandante dell' azione *contraria*: *potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari; nam si is qui mandatum suscepit, egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, et ei, qui man-*

La facoltà *di transigere* non contiene quella di compromettere in altri. » (Di scegliere a suo arbitrio dalla sua parte altri

---

daverit, adversus eum competit, l. 41 D. *mand.* E la ragione è data da Paolo nella l. 5 *in pr. eod. Nam qui excessit, aliud quid facere videtur . . . . Itaque si mandavero tibi, ut domum seianam centum emeres, tuque Titianam emeris longe majoris pretii, centum tamen aut etiam minoris, non videris implesse mandatum. Item si mandavero tibi ut fundum meum centum venderes, tuque eum nonaginta vendideris, et petam fundum; non obstavit mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest, mandatu meo praestes et indemnem me per omnia conserves . . . . Melior autem causa mandantis fieri potest: si cum tibi mandassem ut sticum decem emeres, tu eum minoris emeris, vel tantidem ut aliud quicquam servo accederet: utroque enim casu, aut non ultra pretium, aut intra pretium fecisti.* D. l. 5. Giova per altro d' avvertire, che quando l' eccesso del mandato consista soltanto nella quantità, il mandatario può benissimo agire contro il mandante coll' azione contraria *mandati* per la somma corrispondente ai limiti del mandato. E sebbene diversa fosse la dottrina sostenuta dalla scuola di Sabino e di Cassio, prevalse la sentenza de'proculeiani, come più benigna e più con-

giudici fuori di quelli che la legge gli accorda.) *Codice civile, articolo* 1989.

E non ostante, se il mandatario ha data alla parte con cui contratta *una bastante notizia delle facoltà ricevute*, non è tenuto

---

forme all'equità. V. *inst.* l. 1. §. 8. Che se il mandato non fosse espresso con quella precisa forma, che indicasse l'interesse del mandante alla medesima circoscritto, non si potrebbe riguardare per eccesso di mandato l'esecuzione intrapresa e consumata in un modo equivalente all'espressione del mandato. — *Igitur commodissime illa forma in mandatis servanda est, ut, quotiens certum mandatum sit, recedi a forma non debeat: at quotiens incertum vel plurium causarum, tunc licet aliis praestationibus exsoluta sit causa mandati, quam quae ipsi mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit, mandati erit actio*, l. 46 D. *eod.* Un esempio di vero eccesso di mandato, che il mandatario volle eseguire per *aequipollens*, ci somministra il testo nella l. *ult.* §. *ult. eod.* sebbene dalla più parte degl' interpreti diversamente inteso. — *Mandavi in haec verba*: Lucius Titius Gaio suo salutem. Peto et mando tibi, ut fidem dicas pro Publio Maevio apud Sempronium: quaeque a Publio soluta tibi non fuerint, me repraesentaturum haec epistola, manu mea scripta, notum tibi facio:

a garantire per quello che si è operato oltre i limiti del mandato, *eccetto che si fosse perciò personalmente obbligato. Codice civile, art.* 1997.

Conciossiachè allora quegli il quale contrattava col mandatario, non ha potuto ignorare che la validità di ciò in cui il medesimo eccedeva le sue facoltà, dipendeva dalla ratifica del proprietario.

II.

---

quaero, si non fideiussisset, sed mandasset creditori, et alias egisset, quam quod ei mandatum esset, an actione mandati teneretur? Respondit teneri. Qui il mandato aveva una certa forma, e chiara appariva la volontà del mandante circoscritta alla fideiussione. Perciò si decide che il mandatario è convenibile coll'azione del mandato per la verificata inesecuzione, senzacchè il medesimo abbia l'azione contraria la quale può soltanto procedere dietro il regolare adempimento del mandato. V. Simone Vanleeuwen alla *cit.* l.

II.

Conseguenza di tali massime, rispetto alle obbligazioni del mandatario;

(1) Il mandato, finchè non è revocato, è un contratto sinallagmatico. Esso quindi obbliga il mandatario ad adempire il mandato, sotto pena dei danni ed interessi verso il mandante; come tutte le obbligazioni *ad faciendum* » di fare qualche cosa. »

Sicut liberum est mandatum non suscipere; ita susceptum consumare oportet. L. 22. Dig. *mand.*

» Siccome quegli cui viene proposto il mandato, può ricusare di accettarlo; così egli deve soddisfarvi, fino alla di lui consumazione, quando ne abbia assunto l'impegno. »

Il mandatario col proprio fatto può rendere migliore la condizione del mandante; ma non mai deteriorarla. »

Causa mandantis fieri potest interdum melior ; deterior nunquam. L. 3. Dig. *mand.*

Quindi, » il mandato si discioglie colla morte del mandante, solo però *quando le cose sieno nel primo loro stato.* »

Mandatum re Integra, *domini morte finitur.* L. 15. C. *mand.*

E' tenuto (per tanto) a terminare l'affare già cominciato al tempo della morte del mandante, se *dal ritardo possa derivarne pericolo.* Cod. civ. art. 1991.

(2) Colpe delle quali è responsale il mandatario. *Ibidem, articoli* 1991 e 1993.

Veggasi (il num. 1) qui sopra.

3. Obbligazione di rendere conto di tutto ciò che ha ricevuto. *Sive principaliter ipsius rei nomine, sive extrinsecus,* dice la legge 46, §. 4. Dig. *de proc.* » sia proveniente dai frutti della cosa, o d' altronde. »

» Qualunque mandatario deve rendere conto del suo operato, e corrispondere al mandante tutto ciò che ha ricevuto *in forza della sua procura*, quand' anche ciò che ha ricevuto non fosse dovuto al mandante. » *Cod. civ., art.* 1993.

Avvegnachè in questo caso è il mandante, non il mandatario, quegli che è tenuto *condictione indebiti*, » alla rifusione della ripetizione di quello che non era dovuto. »

(4) E' un' assioma di diritto che » colui il quale viene surrogato ad un altro, non può farsi rimpiazzare, quando non ne abbia ricevuta espressamente la facoltà. » *Subrogatus non potest subrogare.*

» Il mandatario (quindi) è risponsabile per colui che ha sostituito nella sua incumbenza.

1. Quando non gli fu accordata la facoltà di sostituire alcuno;

2. Quando una tale facoltà gli fu concessa *senza indicazione della persona*; e che quella che ha eletto era notoriamente incapace o insolvibile.

In tutti i casi, può il mandante direttamente agire contro la persona che venne sostituita dal mandatario. » Ibidem, *articolo* 1994.

(5) » Il mandatario deve corrispondere gl' interessi delle somme *che ha impiegate a proprio uso* dalla data del fattone impie-

go, e di quelle di cui sia rimasto in debito, *dal giorno in cui fu costituito in mora.* » Ibid. *art.* 1996.

III.

Conseguenza delle massime stabilite relativamente alle obbligazioni del mandante.

(1) Il mandatario è il rappresentante convenzionale del mandante. Egli quindi gli attribuisce la facoltà di contrattare per esso, nel modo che farebbe egli medesimo, senza che faccia d'uopo di ratifica posteriore per consolidare il contratto, ogni volta che il mandatario non ha ecceduto i limiti che gli sono stati prescritti.

» Il mandante è tenuto ad eseguire le obbligazioni contratte dal mandatario, a norma delle facoltà che gli sono state accordate. . . . .

» Non è tenuto per ciò che il mandatario avesse agito oltre tale facoltà, se non in quanto egli l'abbia *espressamente* o *tacitamente* ratificato. » *Codice civile art.* 1998.

(2) Dall' esecuzione quindi del mandato di procura risulta una doppia obbligazione del mandante; l'una verso il terzo, per tutto ciò che il suo procuratore ha acconsentito in virtù delle facoltà che gli sono state accordate; l'altra del mandante verso il mandatario, cioè d'indennizzare questi di tutti i pagamenti da esso fatti a nome del suo committente, di tutte le spese che ha importate ad esso l'esecuzione del mandato, non che di tutte le perdite che ha sofferte, senza dolo nè grave colpa di cui possa essere incolpato.

E non importa che l' affare sia riescito o nò.

Impensae mandati exequendi factae; si bona fide factae sunt, restitui ommino debent; nec ad rem pertinet quod qui mandasset potuisset, si ipse negotium gereret, minus impendere. L. 24, §. 3 dig. *mand.*

» Devono essere rimborsate tutte le spese fatte per l'esecuzione del mandato; e non importa che il mandante avesse potuto spendere di meno, se egli medesimo avesse operato. » *Codice civile art.* 1999 e 2000.

» Il mandante deve corrispondere al mandatario gl' interessi delle somme da lui anticipate, *dal giorno del comprovato pagamento.* » Ibid. art. 2001. (40)

Di una apparente contraddizione tra due leggi romane, e due disposizioni del nuovo Codice, relativamente ai due casi corrispondenti di più mandatarj incaricati della stessa amministrazione, dalla medesima persona, e di più mandanti che affidano ad un solo istesso mandatario la continuazione dell' amministrazione di un affare il quale è a loro comune; ed in che modo si concilia la medesima?

---

(40) *Nec tantum id, quod impendi, verum usuras quoque consequar. Usuras autem non tantum ex mora esse admittendas, verum iudicem aestimare debere, si exegit a debitore suo quis, et solvit, cum uberrimas usuras consequeretur (aequissimum enim erit rationem eius rei haberi); aut si ipse mutuatus gravibus usuris, solvit. Sed et si reum usuris non relevavit, ipsi autem et usurae absunt: vel si minoribus relevavit, ipse autem maioribus foenus accepit, ut fidem suam liberaret; non dubito, debere eum mandati iudicio et usuras consequi: et, ut est constitutum, totum hoc ex aequo et bono iudex arbitrabitur,* l. 12 § 9 D. *mand.*

» Quando un solo mandante abbia accordata a due od a più individui la facoltà per dirigere ed amministrare lo stesso affare, saranno i medesimi risponsabili solidariamente del loro operato. Il giureconsulto risponde che ciascuno de' mandatarj potrà essere obbligato a rendere conto dell' affare che avranno amministrato in comune; *purchè non si esiga dal medesimo che il suo debito personale.*

Duobus quis mandavit negotiorum administrationem quaesitum est an unusquisque mandati in solidum teneatur? Respondi utrumque pro solido conveniri debere; dummodo ab utroque non amplius debito exigatur. L. 60 dig. *mand.*

(La qual cosa distrugge ogni solidarietà relativamente a ciò di cui fossero rimasti n debito nel proposito del relativo conto.)

Il nuovo Codice adotta questa decisione.

» Quando con un solo atto si sono costituiti più procuratori o mandatarj, *non vi ha solidarietà fra essi che in quanto è stata espressa.* » Codice civile art. 1995.

Nel caso corrispondente,

» Quando il mandatario è stato costitui-

to da più persone *per un affare comune*; ciascuna di esse è tenuta solidariamente verso il mandatario per tutti gli effetti del mandato. » *Ibid. art.* 2002.

Questo è conforme alla decisione di un' altra legge romana.

Paulus respondit unum ex mandatoribus in solidum *eligi posse, etiam si non sit concessum in mandato* . . . . L. 59, §. 3 dig. *mand.*

» Il giureconsulto Paolo rispose che il mandatario può scegliere quello dei mandanti che ei vuole, per renderlo *solidariamente* responsabile, quantunque nulla dica a questo proposito il mandato. . . . »

Grande in fatti è la differenza tra i due casi. Nel primo, dividendo il mandante l'amministrazione de' suoi mandatarj, ne divide la sua azione, quando non istipuli espressamente che i medesimi saranno responsabili solidariamente verso di lui; nel secondo i mandanti sono collegati insieme dalla cosa stessa che loro è comune.

IV.

Delle diverse maniere colle quali si estingue il mandato.

» Il mandato si estingue,

» Per la revoca della procura;

» Per la rinuncia del mandatario;

» Per la morte naturale o civile, per l'interdizione, o per la prossima decozione tanto del mandante, che del mandatario. » *Cod. civ. art.* 2003.

Le accennate tre cause sono la conseguenza della natura del mandato, e della sua accettazione.

E' questo un atto di confidenza nel mandante; un officio di amico dalla parte di quegli che l'accetta, e l'eseguisce. Questo contratto è dunque suscettibile di tutte le variazioni della volontà umana; il medesimo quindi non passa agli eredi; esso non obbliga la successione; purchè nondimeno *le cose sieno nel primo loro stato*, e che la revoca non pregiudichi ad un terzo.

A questo si riferiscono tutte le disposizioni delle leggi romane e del nuovo Codice.

Citeremo soltanto le instituzioni.

Recte quidem mandatum contractum, si cum ad haeres integra sit, revocatum fuerit, evanescit. Inst. *de mand.* §. 9.

Il mandato regolarmente contratto, si scioglie, quando si revochi la procura *essendo ancora le cose nel primo loro stato.*

Se il mandatario, dopo avere accettata la procura, cangia volontà, » ei lo deve fare in modo che *essendo le cose tuttavia intatte*, il mandante possa provvedere o per se medesimo, o per mezzo di altri ai proprj interessi . . . . « *Quam primum renuntiandum ut integra causa mandatori reservetur eamdem rem explicandi . . . . . .* Ibid. §. 1.

(*Evanescit*) . . . *Si adhuc integro mandato mors alterutrius interveniat.* Ib. §. 1.

» Si estingue il mandato per la morte dell'uno o dell'altro dei contraenti, *essendo le cose nel primo loro stato.* «

Nè la revoca del mandato, nè la morte del mandante, non hanno effetto che in quanto che il mandatario ne ha avuta una notizia legale.

Siffatti avvenimenti non pregiudicano al terzo, il quale ha contrattato di buona fede col mandatario.

Una procura data ad un altro basta per provare la revoca della prima, quando però la medesima sia stata legalmente denunciata al primo mandatario.

Julianus ait eum qui dedit, diversis temporibus, procuratores duos, posteriorem dando, priorem prohibuisse videri. L. 31, §. ult. Dig. *de proc.*

» Giuliano dice che quegli, il quale ha nominati in diversi tempi due procuratori, si considera (mediante la denuncia della seconda procura) avere interdetta al primo mandatario ogni successiva amministrazione. «

A queste poche massime si riferiscono gli articoli 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 e 2010 del nuovo Codice che sono l'oggetto del presente numero.

TITOLO XIX.

Delle transazioni.

Corrispondente al titolo XIII. del libro I. delle leggi civili di Domat.

La denominazione di *transazioni*, presa nella significazione la più generica adottata, conviene a tutte le convenzioni; imperciocchè non ne esiste alcuna, la quale non tenda ad assicurare la nostra proprietà col mezzo di sacrificj che le medesime esigono da noi, o mediante la riconoscenza del beneficio; ed è sotto questo punto di vista che gl' Inglesi chiamano tutti i contratti altrettante *transazioni*.

Sotto un punto di vista più ristretto, è non meno interessante.

» La transazione è un contratto con cui le parti pongono fine *ad una lite già incominciata*, o *prevengono una lite che sia per nascere*. « Cod. civ. art. 2044.

» Questo contratto deve essere ridotto in iscritto. » *Ibid.* (41).

Si aggiunga: Quando sia incominciata la lite; avvegnachè la sola desistenza in iscritto dell'attore può interromperne il corso; ma se la lite non fosse già incominciata, e che il suo valore non eccedesse la somma di lire cento cinquanta; per qual ragione la convenzione la quale la preverrebbe, non sarebbe ella suscettibile della prova testimoniale come tutte le altre prove?

(1) » La retta ragione ci dice che l'autorità delle transazioni non è minore di quella della cosa giudicata. «

Non minorem autoritatem transactionum quam rerum judicatarum recta ratione placuit. L. 2. *C. de transac.*

Ebbero da ciò origine le frequenti numerose liti che produceva l'avidità di coloro, i quali sotto pretesto di lesione di oltre metà, (come se si trattasse di un contratto di vendita), pretendevano di far-

---

(41) Non sono lontano dall' adottare l'osservazione di Maleville che la disposizione riguardi le transazioni eccedenti il valore di 150 lire.

si restituire contro le transazioni che essi avessero sottoscritte.

Carlo IX, in virtù del consiglio del cancelliere dell' *Hôpital*, represse questo abuso. —

» Per evitare questo e rimediarvi, colle presenti noi abbiamo confermato ed autorizzato; confermiamo ed autorizziamo tutte le transazioni, le quali *senza dolo nè forza*, saranno fatte e stipulate tra i nostri sudditi *di età maggiore, delle cose, le quali sono nel loro commercio ed a loro disposizione*.

» Vogliamo e ci piace che contro le stesse niuno sia ammesso, *sotto il pretesto di lesione di oltre la metà* del giusto prezzo, o qualsivoglia altra maggiore, e ciò che si chiama in latino *dolus re ipsa*; ma che li giudici, *al cominciamento della causa*, quando non siavi altra cosa allegata contro detta transazione, dichiarino illegittime e non ammissibili le domande dei petenti delle lettere, dell'effetto, e della ratificazione di tali transazioni . . . . *Dichiarazione del mese di aprile* 1560.

Passiamo al nuovo Codice.

» Le transazioni hanno fra le parti l'autorità di una sentenza inappellabile. « *Cod. civ. art.* 2052.

(2) » Non possono (dunque) impugnarsi per causa di errore di diritto, (perciocchè un tale errore non iscusa alcuno. » *Error juris neminem excusat. Veggasi* il primo titolo *delle regole comuni ad ogni diritto*) » nè per causa di lesione » (anche di oltre la metà, anche rispetto à questa lesione che i giureconsulti chiamano *dolus re ipsa*, » dolo nella cosa medesima; » imperocchè interessa all'ordine pubblico di metter fine alle liti.) *Cod. civ. ib.*

» Ciò non ostante può rescindersi una transazione nel caso d' errore sulla persona o sopra l' oggetto della controversia. « *Ib. art.* 2053. (42)

» Tale, dice l'oratore del governo, sarebbe la transazione che si credesse fare

---

(42) Nella transazione l' errore sulla persona è certamente essenziale ed efficace, perchè la considerazione della persona in simigliante negozio è sempre la causa principale della convenzione. V. Cod. civ. *art.* 1110.

con colui, il quale avesse la qualità per promovere delle pretensioni rispetto ad un diritto incerto, mentre che questo diritto gli sarebbe estraneo. «

Discorso del consigliere di stato Bigot Preameneu.

La legge 3, §. 1 dig. *de trans.*, ne somministra un esempio rimarchevole. Io ho fatta una transazione rispetto all'esecuzione di un testamento il quale instituiva Tizio erede; si trova un codicillo il quale smembra od annulla il diritto di quegli col quale io ho trattato. Potrò io ripetere ciò che ho pagato? » Il giureconsulto risponde che io ne avrò il diritto. « *Respondi debere.*

Non esiste verun consenso, per conseguenza non havvi alcuna transazione, quando l'errore consiste nella cosa medesima, la quale fu la materia della convenzione.

La transazione basata sopra di un tale errore deve quindi essere rescissa.

» Essa deve esserlo quando vi sia dolo o violenza, » *quae cadit in costantem virum*; (capace a far impressione sopra un uomo fermo e deciso), come noi l'abbiamo

mo fatto osservare al titolo *delle convenzioni in genere.*

(3) *Fra quelli di età maggiore, relativamente alle cose le quali sono a loro disposizione*, diceva la dichiarazione del 1560.

Il nuovo Codice non ha creduto di dover obbligare i minori, gl' interdetti a liti, senza porgere ai loro tutori e curatori dei mezzi di prevenirle o terminarle, mediante transazioni, le quali il medesimo dichiara solide come se le medesime fossero sottoscritte da maggiori, quando esse sono autorizzate dal consiglio di famiglia e dal sentimento di tre giureconsulti indicati dal regio procuratore presso il tribunale civile che le omologa. *Veggasi* il titolo *delle persone* qui sopra. *Cod. civ. art.* 467.

Da siffatta regola è solo eccettuato « il conto della tutela, rispetto al quale il minore anche divenuto maggiore non può transigere *nisi visis tabulis et dispunctis rationibus*; » quando non siansi presentati i documenti giustificativi, e non sia preceduto da un esatto rendimento di conti. « *Ib. art.* 472.

» Per transigere è necessario che si ab-

bia la capacità di disporre degli oggetti cadenti nella transazione.

» Il tutore non può transigere per il minore o per l'interdetto se non in conformità dell'articolo 467 del titolo *della minor età*; e nemmeno può transigere col minore divenuto maggiore, sopra i conti della tutela, se non osservate le forme prescritte nell'articolo 472 dello stesso titolo.

» *I comuni ed i pubblici stabilimenti non possono transigere che coll' autorizzazione espressa del governo.* » Ibid. art. 2045.

Questa distinzione ammessa dall' antico nostro diritto, e del pari dal nuovo Codice, mette fine a tutte le sottigliezze del diritto romano relative a questa materia.

(5) La transazione, considerata come convenzione, è suscettibile di tutte le clausole autorizzate negli altri contratti.

Osservisi il titolo *delle obbligazioni convenzionali.*

Essa quindi è suscettibile delle clausole penali per assicurarne l'adempimento. *Ibid. art.* 2047.

Siccome la stessa tien luogo di una sentenza inappellabile, così la stessa può es-

sere respinta con tutti quei mezzi i quali servono ad allontanare il motivo d'inammissibilità risultante dalla cosa giudicata. *Ibid. art* 2048 e 2049.

Quindi, qualunque siasi la generalità delle espressioni di cui si sono servite le parti, queste non regolano che le differenze sopra le quali esse hanno inteso di transigere. *Ibid. art.* 2048 e 2049.

» Colui che ha transatto sopra una ragione sua propria, se acquista in appresso una simile ragione, se altra persona non resta obbligata dalla transazione precedente per la ragione nuovamente acquistata. » *Ibid. art.* 2050. (43)

» La transazione fatta da uno degli interessati non obbliga gli altri, e non può essere opposta da essi. » *Ibid. art.* 2051.

(Quanto a loro « è questa una cosa, »

---

(43) Perciò, *qui cum tutoribus suis de sola portione administratae tutelae suae egerat, et transegerat; adversus eosdem tutores ex persona fratris sui cui heres extiterat, agens, praescriptione factae transactionis non summovetur* l. 9 *in pr.* D. *de ransac.*

res inter alios acta, « stipulata da terzi. »)

Quando la transazione ha avuto per base un titolo nullo, *è mestieri distinguere*: o la contestazione versava sulla validità del titolo; in questo caso, la transazione avrà tutto il suo effetto (44), ovvero le parti hanno transatto sopra l'esecuzione di un titolo che essi consideravano come inespugnabile: vi è errore nella cosa stessa la quale produsse la transazione; nulla quindi è la transazione. *Ibid. art.* 2054.

» La transazione fatta sopra documenti che si sono in seguito riconosciuti falsi, è intieramente nulla » *Ibid. art.* 2055.

Rispetto ad un diritto certo non suscettibile di contestazione, non ha luogo la transazione; di questa natura è la cosa giudicata da una sentenza in contraddittorio giudizio la di cui esistenza era ignota allorchè le parti hanno transatto.

Non avrebbe luogo lo stesso, se la sentenza nuovamente proposta fosse suscet-

---

(44) *Nisi forte etiam de eo quod falsum dicitur, controversia orta decisa sopiatur;* l. *pen. C. de transac.*

tibile di appellazione o di opposizione. *Ibid. art.* 2056.

Si post rem judicatam quis transigit, et solverit, repetere poterit; idcirco quia placuit transactionem nullius esse momenti. Hoc enim imperator Antoninus cum D. patre suo rescripsit. . . . . . Quid ergo si appellatum et hoc ipsum incertum sit an judicatum sit, vel an sententia valeat; magis est ut transactio vires habeat. L. 23 §. 1 *de condict. indeb.*

» Se dopo una sentenza alcuno ha fatta una transazione, e che (ignorando detta sentenza,) la parte abbia pagato, potrà la medesima ripetere ciò che ha pagato. Imperocchè l'imperatore Antonino e suo padre Marco Aurelio, hanno deciso che in questo caso la transazione è nulla . . . . . Quando però sia stato appellato da detta sentenza, ed incerto sia se è stato confermato se debba essere mandata ad effetto la sentenza, la transazione è valida. »

Allorchè dopo la transazione sieno stati scoperti documenti decisivi, fa d'uopo distinguere: o la transazione concerne soltanto l'oggetto al quale si riferiscono i docu-

menti riacquistati, essa è nulla: o si fece generalmente su tutti gli affari che potessero esservi tra le parti, e i documenti ad esse sconosciuti e scoperti posteriormente non costituiscono una causa di rescissione, salvo, che fossero stati occultati per fatto d' una delle parti medesime. *Codice civile art.* 2057. (45)

---

(45) Questa distinzione fu già savimente esposta dal dotto Domat: se colui, esso dice, che con una transazione deroga a un diritto acquistato per un titolo che ignorava, venga in seguito a scuoprirlo, la transazione potrà annullarsi o sussistere secondo le circostanze. Così per esempio, se il debitore d'una successione transige e paga un debito statogli rimesso nel testamento: se un legatario o un fedecommessario transige di un diritto che era regolato da un codicillo, essi potranno far risolvere la transazione perchè il testamento e il codicillo erano titoli comuni alle parti e non devono perdere i loro effetti per una transazione la quale non fu che la conseguenza dell' ignoranza di questa verità: (ecco una transazione speciale che concerne soltanto l' oggetto, a cui riferiscono i titoli posteriormente scoperti). Così al contrario se la transazione fosse generale su tutti gli affari che le parti potevano avere insieme, li nuovi documenti che riguardas-

(Questa massima ricade sopra il dolo.) In questo punto la regola stabilita dal nuovo Codice è meno rigorosa delle vecchie nostre leggi, concernenti le prove della domanda civile contro le sentenze o decisioni in ultima istanza, alle quali sono pareggiate le transazioni. *Documenti decisi-*

---

sero alcuno di essi ed altronde fossero stati ignorati dall' una parte e dall' altra, non cangierebbero nulla; perchè l' intenzione era di compensare e di estinguere ogni sorta di pretensione: *sub praetextu specierum post repertarum generali transactione finita rescindi prohibent iura*; l. 29 C. *de transac.* E' però necessario che questi documenti nell' atto della transazione generale fossero stati ignorati dall' una parte e dall' altra. Se l' una delle parti non ignorandone l' esistenza avesse cooperato alla loro occultazione, onde dall' altra non fossero conosciuti, emergerebbe il vero caso del dolo per cui sarebbe intrinsecamente viziata la transazione. *Sane si per se, vel per alium subtractis instrumentis, quibus veritas argui potuit, decisionem litis extorsisse probetur; si quidem actio superest: replicationis auxilio doli mali, pacti exceptio removetur: si vero iam perempta est, intra constitutum tempus tantum actionem de dolo potes exercere.* l. 19 C. *eod.*

vi, nuovamente riacquistati, e ritenuti per il fatto della parte, diceva, senza distinzione, l'articolo XXXIV del titolo XXXV dell'ordinanza del 1667.

(6) » Nelle transazioni si devono correggere gli errori di calcolo. » *Codice civile art.* 2058.

TITOLO XX.

Osservazione preliminare sopra la materia di questo titolo, e di quelli che vengono in seguito.

Colla scorta delle nostre leggi antiche e nuove io ho percorse fin quì le convenzioni le più ordinarie le quali trasmettono la proprietà o l' usufrutto nella generazione presente. Questo titolo, ed i tre successivi contengono le convenzioni accessorie, le quali ne assicurano l'esecuzione.

DELLA FIDEJUSSIONE.

Corrispondente al titolo IV. del libro III. delle leggi civili di Domat.

Il nuovo Codice su questo punto si è limitato a sanzionare quello, che, nell' antico diritto di Francia, era stabilito soltanto come diritto scritto. Per ottenere quindi lo scopo che mi sono proposto, mi basterà di analizzare le sue disposizioni.

I.

Della natura della fidejussione, e delle sue specie.

(1) La fidejussione è una convenzione accessoria ad una obbligazione principale, in forza della quale una o più persone si obbligano unitamente, e sussidiariamente all'impegno del debitore principale, vale a dire, a fare ovvero a dare al creditore ciò che ha promesso il principal debitore.

» Gli uomini non trattano insieme se non in vista della speranza fondata e legittima che saranno adempite le rispettive loro obbligazioni.

» Ogni transazione quindi tra loro sarebbe sospesa, se la scambievole confidenza non li riavvicinasse per il comune loro interesse.

» Quegli che non c'ispira tale confidenza, per questa ragione sarà egli escluso dal trattare con noi? — No, la garanzia che il medesimo non ci offre, noi la possiamo

ricevere da un altro il quale, conoscendolo meglio o per qualsivoglia altro motivo, si obbligherà per esso. » *Discorso del consigliere di stato* Treilhard.

Questo è quello che presenta la denominazione della quale si servivano i romani de' due imperi per caratterizzare il fidejussore *fidei jussor*, « ordinatore di confidenza, » la formola che i medesimi adoperavano per contrarre cotale obbligo: *io t' ingiungo, io voglio, io ti dico, io ti consiglio,* (purchè il consiglio sia ridotto in atto) *per la confidenza che tu hai in me,* (di fare siffatta cosa.)

Graece etiam fidei jussor ita accipitur: té émé pistei chelévo égo *sive dixerit,* thelo *sive* bóulomai *sed et,* thémi *pro eo erit ac si dixerit*, lego. Inst. *de fidei juss.* 117.

» Quegli che si costituisce sicurtà per una obbligazione si sottopone verso il creditore a soddisfare la stessa obbligazione, qualora il debitore non l' adempisca egli medesimo. » *Codice civile art.* 2111.

E' per questo motivo che le leggi romane lo assomigliano, come si vedrà in ap-

presso, al mandatario il quale si obbliga per il debitore che ei rappresenta.

(2) La fidejussione è essenzialmente volontaria dalla parte di quegli che la presta; la stessa può essere forzata dalla parte di colui che la produce, quando la esiga la legge, quando la ordini il magistrato, per supplire il sequestro ed aggiudicare provvisoriamente il possesso della cosa in quistione a quegli che ha il titolo il più provato.

E' questa la distinzione della fidejussione *legale o giudiziale*, e' della *fidejussione convenzionale*, le quali diversificano tra loro in tre punti.

1. Su ciò che la fidejussione legale o giudiziale è assoggettata, per l'accettazione del fidejussore, ad una preventiva disamina della solvibilità del fidejussore. La legge esige che il medesimo abbia il suo domicilio nella giurisdizione della corte del tribunale d'appello ove pende la controversia, all' effetto di evitare le lentezze, i giri di una doppia azione, per lo stesso oggetto, in diverse giurisdizioni; che il medesimo possegga delle proprietà fondiarie, non litigio-

se, sufficienti per rispondere dell'oggetto della contestazione; che se il fidejussore accettato diviene insolvibile, il debitore gliene sostituisca un altro; condizioni tutte non esatte dal fidejussore convenzionale, la di cui accettazione dipende unicamente dalla confidenza di quegli che l'accetta. *Ibid. art.* 2018, 2019, 2020.

2. In ciò che il fidejussore legale o giudiziale è necessariamente solidario con il debitore; solidarietà di consuetudine, non di diritto nella fidejussione convenzionale.

3. In ciò che il fidejussore legale e giudiziale, essenzialmente soggetto all' arresto personale, non può essere ammesso, se alcune circostanze, come l'età, il sesso od altro di simile natura, l'esentuano da tale coazione; che la stipulazione dell' arresto personale del fidejussore convenzionale è autorizzata soltanto in alcuni casi particolari che noi spiegheremo nel titolo *dell'arresto personale in materia civile.*

Malgrado siffatte precauzioni non accade che troppo frequentemente che il creditore, la stessa giustizia, siano indotti in errore sulla solvibilità del fidejussore.

Si previene un tale errore mediante che si nominano *dei collaudatori del fidejussore*; si eleggono del pari de' fidejussori secondarj, i quali attestano la solvibilità del fidejussore principale.

Nei seguenti numeri noi esamineremo gli effetti di questa doppia garanzia nella fidejussione convenzionale.

Quanto alla fidejussione legale o giudiziale, detti collaudatori sono assoggettati alla stessa responsabilità, e per gli stessi mezzi cui è sottoposto il debitore principale ed i fidejussori che essi hanno mallevato.

» Quegli che non può trovare un fidejussore è ammesso a dare una garanzia ossia un pegno sufficiente. »

Avvegnachè, secondo l' espressione della legge 25, dig. *de reg. jur.*

Plus cautionis est in re quam in persona.

» Havvi maggior garanzia nella cosa che nella persona. » *Codice civile art.* 2040, 2041, 2042, 2043.

II.

Conseguenze generali della natura delle due specie delle fidejussioni.

(1) La fidejussione è l'accessorio dell' obbligazione; ella dunque è nulla, se l'obbligazione è nulla di una nullità radicale. » Il fidejussore non può essere obbligato a ciò cui non è tenuto il debitore diretto. » *Fidei jussor obligari non potest ei ad quem reus promittendi obligatus non est.* L. 16 dig. *de fidei jus.*

Non è così, allorquando l'obbligazione è in se stessa valida, abbenchè suscettibile di essere annullata *in virtù di una eccezione perentoria*, come sarebbe quella che risulta dalla minorità, ovvero da qualsivoglia altra incapacità legale; perciocchè è questa stessa incapacità che si considera avere determinato il creditore ad esigere l'accessorio della sigurtà, per corroborare un impegno legittimo in se stesso, quantunque

suscettibile di essere annullato dal rigore di diritto. *Ibid. art.* 2012.

Che succede egli mai in questo caso? Che il debitore principale sarà liberato in faccia del suo creditore, in forza dell'effetto dell'eccezione che gli è personale, senza che lo sia il fidejussore; conciossiachè essendo surrogato ne' diritti del debitore, quanto a tutti i mezzi, a tutti i motivi d'inammissibilità, risultanti dalla natura del contratto, esso non lo è, quanto alle eccezioni personali del debitore, contro le quali il creditore ha voluto garantirsi esigendo la sigurtà. *Ibid. art.* 2036.

(2) » La fidejussione indefinita . . . . si estende a tutti gli accessorj del debito, anche alle spese della prima domanda, ed a tutte quelle posteriori alla denuncia che ne è stata fatta al fidejussore » *Ibid. art.* 2016.

(3) In modo nondimeno che l'impegno il quale risulta dalla mallevadoria convenzionale, può essere minore di quello del debitore principale; avvegnachè è stato in potere del mallevadore di dichiarare che egli non intendeva impegnarsi che per il capitale, non per gl' interessi e le spese,

per

per una porzione del capitale non per il tutto: egli ha fatta la legge; ma il fidejussore non può, in alcun caso, esser obbligato al di là di ciò a cui è tenuto il debitore principale. Ciò, in questa parte, non sarebbe più una malleveria, sarebbe una obbligazione principale la quale sarebbe nulla, siccome fatta senza causa, se il creditore non vi avesse fatto un prezzo.

Ella è questa la ragione che danno di questa massima le instituzioni.

Fidejussores ita obligari non possunt ut plus debeant, quam debet is pro quo obligatur. Nam eorum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione potest esse quam in principali re. At ex diverso ut minus debeant obligari possunt. Inst. *de fidei juss.* §. 5.

» I fidejussori non possono essere obbligati di più del debitore principale; perchè la malleveria è l'accessorio il quale non può eccedere il principale; ma il fidejussore può essere obbligato in meno che il debitore principale. »

L'art. 2013 del Codice civile è conforme a questi principj.

(4) La mallevadoria, essendo un beneficio dalla parte di colui che si obbliga per altri, non ha bisogno di missione dalla parte del debitore; perciocchè ciascuno può rendere migliore la condizione di un terzo, senza il suo consenso; non può aggravarlo senza il suo consenso. E' questo il motivo per il quale noi abbiamo veduto che il *negotiorum gestor*, « quegli che fa gli affari altrui, » ha azione contro quello del quale ha assunto la difesa, quando sia riescito l'affare; quantunque egli non abbia potuto obbligarlo senza la sua ratifica. *Fidejussori negotiorum gestorum actio datur, si pro absente fidejusserit.* L. 20 §. 1 dig. *mand.*

» Si accorda a quegli il quale si è costituito sigurtà di un assente, l'azione inerente gli affari amministrati.

» Può anche costituirsi fidejussore non solo del debitore principale, ma anche del suo fidejussore. » *Codice civile art.* 2014.

Questo è ciò che chiamasi *collaudatori di sigurtà*, obbligati come lo stesso fidejussore; come è stato detto, parlando della fidejussione legale e giudiziaria.

(5) » La fidejussione non si presume;

deve essere espressa, e non può estendersi oltre i limiti nei quali fu contratta. » *Ibid. art.* 2015.

(6) » Le obbligazioni de' fidejussori passano ai loro eredi; *ad eccezione di quella relativa all'arresto personale, se l'obbligazione era di tal natura per cui il fidejussore vi si fosse sottoposto.* » (come il fidejussore giudiziale) *Ibid. art.* 2017.

III.

Delle tre eccezioni accordate ai fidejussori dalle leggi romane, le quali vennero quasi intieramente derogate dall' uso.

La mallevadoria è un obbligo sussidiario all' obbligazione principale. E' per questo motivo che l'eccezione risultante dalla cessione de' beni, la quale milita in favore del debitore principale, non ha alcun effetto in favore del fidejussore; « avvegnachè quegli che esige una sigurtà non lo fa che col disegno di ripetere dal fidejussore

ciò che gli appartiene nel caso in cui il debitore diretto divenisse insolvibile.»

Haec exceptio (si bonis cesserit), *fidei jussoribus non datur: ideo silicet quia qui alios pro debitore obligat, hoc maxime prospicit, ut cum facultatibus lapsus fuerit debitor, possit ab eis quos pro eo obligavit suum consequi.* Inst. *de replic.* §. 4 *in fin.*

Laonde, nell'antico diritto romano, la mallevadoria ebbe tutto l'effetto dell'obbligazione solidaria.

Si plures sint fidejussores, quotquot erunt numero, singuli in solidum tenentur. Itaque liberum est creditori, a quo velit, solidum petere.

» Quando vi siano molti fidejussori, qualunque sia il loro numero, ciascun di loro è obbligato per il tutto. Epperò, il creditore ha diritto di ripetere il tutto da quello da cui egli vuole. »

» L'imperadore Adriano, il primo, astrinse il creditore a dividere la sua azione, domandando *a ciascuno dei mallevadori i quali si trovassero solvibili, all' epoca della contestazione*, la sua rispettiva quota; di maniera nondimeno che l'insolvibilità dell'

uno fosse pagata proporzionatamente dagli altri. »

Sed ex epistola D. Adriani compellitur creditor a singulis, qui modo solvendo sunt litis contestatae tempore, partes petere. Ideoque si quis ex fidejussoribus eo tempore solvendo non sit, hoc caeteros onerat. Inst. *de fidejuss.* §. 4.

Lo che non impediva che il creditore non potesse rivolgersi indifferentemente al debitore diretto od a' suoi fidejussori. Questo diritto sussistette fino alla novella 4 di Giustiniano.

Si quis crediderit et fidejussorem, aut mandatorem, aut sponsorem acceperit, is non primum adversus mandatorem aut fidejussorem, aut sponsorem accedat, neque negligens debitoris, intercessoribus molestus sit: sed veniat primum ad eum qui aurum accepit, debitumque contraxit, et si quidem inde receperit ab aliis abstineat . . . . Nov. 4, cap. 1.

» Se alcuno ha prestata ed accettata (per la sicurezza del suo credito) una sigurtà, un mandatario, un responsale, che egli non rivolga prima la sua azione contro di

loro, e trascurando il debitore diretto, si renda gravoso ai fidejussori; ma che ei prima si rivolga a quello, il quale ha ricevuto il danaro, e si è costituito suo debitore, e se egli è soddisfatto, che si astenga da tutti gli altri. «

Questi sono i diritti che i giureconsulti chiamano *beneficj di divisione*, *di escussione e d'ordine*; perocchè queste due denominazioni sono sinonime, o piuttosto queste sono le massime che risultano dalla natura medesima della mallevadorìa.

Il nuovo Codice le adotta nella fidejussione convenzionale, mediante gli articoli 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, con alcune modificazioni: 1. che il fidejussore che usa del beneficio d'ordine, ovvero della escussione, è obbligato di indicare al creditore dei beni del debitore non alienati, non litigosi, situati ad una discreta distanza, onde la escussione che egli intraprende non importi delle lentezze, delle spese pregiudicievoli; ciò che il nuovo Codice determina nella giurisdizione della corte di appello del luogo, ove trovasi il domicilio del debitore, *art.* 2023; 2. che

il fidejussore anticipi le spese necessarie per intraprendere l' escussione dei beni che ella dinota; col quale mezzo, se il creditore trascura di procedere alla spropriazione del debitore, e che egli divenga insolvibile, il fidejussore resta esonerato. (art. 2024); 3. che il mallevadore non abbia rinunciato a siffatti diritti; condizione che sola basta per rendere inutili fra di noi le menzionate ardue questioni; avvegnachè da lungo tempo non si ammettono delle sigurtà convenzionali, le quali non sieno solidarie unitamente al debitore; la rinuncia a cotali diritti è divenuta di stile per modo in tutti gli atti, che li notaj si dispensano dall' inserire la clausola intiera nelle loro minute; contentandosi d' indicarla con queste parole: *promettendo, obbligando, rinunciando.*

Quanto alla sigurtà giudiziaria, noi abbiamo osservato, che in niun caso essa può riclamare siffatte eccezioni.

IV.

Del regresso di garanzìa del mallevadore contro il debitore, e dei fidejussori tra loro; altre conseguenze procedenti dalla natura della mallevadorìa.

(1) La fidejussione legale, giudiziaria, o convenzionale, sia che il fidejussore sia stato presentato dal debitore diretto, sia che siasi offerto da se medesimo, all'insaputa del debitore, contiene l'obbligo del malleva to di rimborsare al fidejussore tutto quello che esso giustifichi di avere pagato a sua esonerazione, in capitale, danni ed interessi (se questi sono derivati dal fatto del debitore, non da quello del mallevadore) e le spese a contare dal giorno dei procedimenti.

Cautiones et mandatores etsi sine judicio solverint, habeant actionem mandati. L. 10 §. 11. Dig. *mand.*

» I fidejussori ed i mandatarj hanno l'a-

zione risultante dal mandato, anche per ciò che eglino hanno pagato, senza esservi condannati. »

Detto principio, preso dalla definizione della mallevadorìa, e dalle leggi romane, è adottato dal nuovo Codice, *art.* 2028.

(2) Il fidejussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore diretto in cinque casi:

1. Quando è convenuto giudizialmente per il pagamento;

2. Quando il debitore è fallito, o si trovi in istato di prossima decozione;

3. Quando il debitore diretto siasi obbligato di liberarlo, in virtù di una convenzione espressa, dalla sigurtà in un tempo determinato;

4. Quando il debito sia divenuto esigibile per essere scaduto il termine che era stato convenuto pel pagamento: (perciocchè non si considera essersi obbligato il mallevadore che pel tempo che durerebbe l'obbligazione principale, e sotto la condizione che il debitore pagherebbe alla scadenza.)

5. Al termine di dieci anni, quando l'ob-

bligazione principale non abbia un termine fisso per la scadenza, *purchè l'obbligazione principale non fosse di tal natura da non potersi estinguere prima di un tempo determinato, come accade riguardo alla tutela.* Cod. civ. art. 2032.

NB. Quest' ultima disposizione è di diritto nuovo, e di equità. Nell'antico diritto di Francia, la fidejussione durava per tutto il tempo dell' obbligazione principale, quando non vi era stipulazione in contrario, e non poteva essere estinta che in forza della prescrizione di trent' anni, come tutte le azioni personali.

(3) Quando più persone abbiano fatto sigurtà per uno stesso debitore e per un medesimo debito, dal pagamento fatto da uno dei fidejussori, ovvero dall' azione da esso promossa, risulta una doppia obbligazione, l'una totale per la parte del debitore, di rimborsare il fidejussore; l'altra dei conmallevadori, *ciascuno per la loro parte e porzione.* Ibid. art. 2033.

(4) » Il fidejussore, il quale ha pagato il debito, subentra in tutte le ragioni che aveva il creditore contro il debitore. « *Ib. art.* 2029.

» Di modo che, allorchè cotale subingresso nelle ragioni non può avere effetto, la fidejussione rimane estinta. *Ib. art.* 2037.

(5) » Quando vi sono più debitori principali e *solidarj* di uno stesso debito, il fidejussore che ha pagato può scegliere quello che ei vuole per ripetere il rimborso totale di ciò che ha pagato. *Ibid. art.* 2050.

(Ella è questa la conseguenza della solidarietà dell'obbligazione del debitore principale verso il creditore, la quale passa nel fidejussore surrogato nei suoi diritti.)

(6) L'articolo 2031 del nuovo Codice, in conformità delle leggi romane propone un caso rimarchevole.

Un fidejussore paga l'oggetto della sigurtà; il debitore principale, ignorando che il mallevadore lo ha liberato, paga una seconda volta. Il creditore infedele riceve entrambi i pagamenti; il fidejussore avrà egli regresso contro il debitore per ripetere ciò che egli ha pagato? — Nò; se egli *ha pagato senza essere pulsato, senza avere avvertito il debitore principale, se il debitore predetto avesse avuti dei mezzi per rigettare*

la domanda del creditore ; in tutti i casi egli soffrirà la pena della sua imprudenza; salva la sua azione contro il creditore per « la ripetizione dell'indebito , » *condictio indebiti* , come parlano le leggi romane.

Si quidem sciens praetermiserit exceptionem vel doli vel non numeratae pecuniae , videtur dolo versari : dissoluta enim negligentia dolus est. L. 29 dig. *mand.*

» Quando pure il fidejussore abbia pagato , senza fare l' eccezione del dolo, del denaro non numerato , viene considerato egli medesimo colpevole di dolo; perocchè un' estrema negligenza è un dolo. »

Ma se il mallevadore ha pagato , senza considerare le eccezioni personali che gli competeva il diritto di opporre , per liberarsi dalla fidejussione, egli non eserciterà meno per ciò la sua azione in garanzia contro il debitore principale; avvegnachè è permesso a chiunque di rinunciare ad un diritto stabilito in suo favore.

Fideijussor ; si solus tempore liberatus tamen solverit creditori , recte mandati habebit actionem adversus reum ; quamquam enim

jam liberatus solvit, tamen fidem implevit et debitorem liberavit. L. 29 §. 6 dig. *mand.*

» Quando il fidejussore, soltanto esonerato in forza del convenuto tempo, abbia nondimeno pagato il creditore, non avrà meno l'azione di regresso contro il debitore; conciossiachè quantunque egli abbia pagato essendo liberato, esso è stato fedele al suo obbligo, ed ha liberato il debitore. »

(7) » L'obbligazione che risulta dalla sigurtà si estingue per le stesse ragioni per cui si estinguono le altre obbligazioni. » *Ibid. art.* 2034.

» La confusione che viene ad effettuarsi nella persona del debitore principale e del suo fidejussore, quando divengono eredi l'uno dell'altro, non estingue l'azione del creditore contro colui che ha fatto sigurtà per il fidejussore, (*il collaudatore della sigurtà*) » *Ibid. art.* 2035.

» La semplice proroga del termine accordato dal creditore al debitore principale, non libera il fidejussore . . . *Ibid. art.* 2039.

La dazione in pagamento per la parte del debitore al suo creditore, per operare

l'estinzione di un debito mobiliare; accettata dal creditore, è un pagamento il quale estingue il debito ed i suoi accessorj, come la malleverìa; senza che abbia luogo la garanzia dalla parte del mallevadore, in caso di evizione; conciossiachè il fidejussore erasi costituito sigurtà del debito originario, non dell' oggetto dato ed accettato in pagamento. *Ibid. art.* 2038.

TITOLO XXI.

Del pegno ossia garanzia, e dell' anticresi.

Corrispondente in parte al titolo I del libro III delle leggi di Domat.

Le leggi romane riunivano i principj del pegno ossia garanzia a quelli dell' ipoteca, perciocchè l' ipoteca risultante, in questo diritto, dalla convenzione, non era altro che il pegno in immobili.

Veggansi i titoli del digesto e del Codice, *de Pig. et Hypot.*

Il pegno, o la garanzia, l' anticresi, la quale io definirò nella seconda parte di questo titolo, sono in effetto, a termini della regola di diritto già citata, una sigurtà reale, sostituita all' obbligazione personale risultante dalla fidejussione. *Plus cautionis est in re quam in persona.* L. 25 dig. *de reg. jur.* « vi è maggior sicurezza nella cosa, che nella persona. »

Diritto antico.

Tra i francesi, la parola *pegno* non si applica che ai mobili dati, dal debitore in cauzione al suo creditore. Le regole di questa materia risultano da questo principio che il possesso è il primo titolo di proprietà de' mobili. Egli è *questo il motivo per cui i mobili non hanno alcuna conseguenza, rispetto all' ipoteca, quand' essi non sono più nel possesso del debitore*; statuto di Parigi, art. 170; ma il creditore messo al possesso del pegno, dalle mani del suo debitore, ha un privilegio necessario sul prezzo del mobile impegnato, del quale egli sarebbe ritenuto proprietario, se non vi si opponesse la convenzione del pegno.

E' per assicurare queste convenzioni, e prevenire le frodi, che l' ordinanza di commercio del 1673, tit. 6 art. 8, e 9, vuole che il prestito con pegno sia attestato da un atto nanti a notajo, del quale rimanga minuta la quale conterrà la somma prestata ed i dati pegni, e se i pegni non possono essere espressi, nell' obbligazione, che eglino

lo

lo siano in una fattura, od inventario, di cui sia fatto menzione nell' obbligazione, *sotto pena* (porta l'articolo 8) *della restituzione dei pegni, alla quale sarà astretto il prestatore anche col mezzo del personale suo arresto, senza che egli possa avere alcuna pretensione di privilegio sui pegni, salvo ad esso nondimeno il diritto di esercitare le altre azioni.*

Vi sono dei pegni legali i quali risultano dal privilegio del creditore sul mobile sequestrato; sono quindi il pegno legale degli albergatori gli equipaggi ed i mobili depositati nelle osterie; ed i mobili del conduttore sono il pegno del proprietario, secondo gli articoli 161, 162, 163 e 171 dello statuto di Parigi; ma questa materia appartiene specialmente ai titoli *dei privilegi dei creditori*, ed a quello *de' precetti esecutivi e pignoratizj*, dei quali noi non ci occuperemo in quest' analisi, perciocchè questi oggetti, concernono ed appartengono assai più al Codice giudiziario, alla procedura, che alle leggi generali del Codice civile.

I.

Pegno convenzionale.

Non ha luogo la contribuzione, quando il debitore trovasi appreso il mobile che gli è stato dato in pegno. *Statuto di Parigi, art.* 181.

II.

Pegno legale e convenzionale.

Le spese sostenute dagli osti pei viaggiatori, o pei loro cavalli, sono privilegiate, e devono essere anteposte ad ogni altro, sui beni e cavalli deposti all' osteria; *e l'albergatore li può ritenere fino al pagamento; e se qualche creditore li volesse asportare, l'albergatore ha giusta causa di opporvisi.* Ib. art. 175,

Diritto nuovo.

Le precauzioni prese dalle antiche leggi di Francia non bastano per contenere l'avidità

dei prestatori, secondati dal bisogno ovvero dal delirio di coloro che prendono ad imprestito.

Costretta a tollerare degli abusi che un inconsiderato rigore avrebbe inasprito, la polizia è obbligata a limitarsi ad una sorveglianza sufficiente per prevenire e diminuire i pericoli.

Il male diviene estremo, quando una legge, emanata dagli apostoli della nostra pretesa libertà, ha spogliato l'oro e l'argento, rivestito dell'impronto del sovrano, della sua qualità di segni dei valori, per ridurlo alla qualità sola di mercanzie.

Una moltitudine di case di prestito contro pegno, accrebbero a dismisura gli abusi che il più potente dei nostri monarchi, Luigi XIV, aveva tentato di estirpare.

L'usura, questo delitto che si opera nelle tenebre; che entrambe le parti credono il più delle volte avere interesse di coprire con veli impenetrabili, favorita dalla legge cammina a calata visiera.

Disperse le antiche fortune, delle nuove dissipate con rapidità eguale a quella con cui furono ammassate, tale fu durante alcu-

ni anni lo stato della Francia. Non si cerca il rimedio se non allorquando il male, invecchiato, ha viziate e corrotte irreparabilmente tutte le risorse della macchina politica.

Si crede scoprirlo nell'abuso medesimo, organizzato per modo da servire di contrappeso a se medesimo.

Sotto l'impero delle vecchie leggi di Francia, dei pubblici stabilimenti, collocati sotto la sorveglianza immediata del governo, furono destinati a soccorrere al bisogno momentaneo dell' uomo onesto, oppresso da una passaggera disgrazia. L' imprudenza, l' eccesso di tutte le umane passioni troppo soventi abusarono di questo soccorso; meno oneroso di quelli che loro avrebbe fatti comperare la frode che non conosce alcun limite. I nuovi stabilimenti, saggiamente amministrati non contribuiranno poco a ricondurre l'argento monetato ad una tassa più moderata. Per tal modo, allorquando un torrente inonda le campagne, degli utili idonei rivoletti, dei canali saggiamente disposti, dividendo le sue onde, ne sospendono la rapidità. Cotali corporazioni soccombettero come tutte le altre nella universale distruzione.

Esse si rialzano soggette a dei regolamenti che la debolezza del governo non osa estendere a quelle numerose famiglie di agiotatori, di usuraj, i quali sotto lo specioso pretesto di una falsa libertà non si limitano a tormentare i cittadini mediante una tassa eccessiva che eglino impongono ai perfidi loro prestiti, ma il più delle volte s'impadroniscono nel giorno determinato senza forma di processo, senza stima preliminare, senza alcuna precauzione, per verificare e comprovare il valore del pegno prezioso comperato per un prezzo esorbitante, il quale è stato loro confidato; e ciò non pertanto la prontezza dell'esecuzione, una funesta facilità, il bisogno, ovvero la passione del momento loro ottengono la preferenza sopra degli stabilimenti soggetti a delle formalità poco incomode, ma la di cui esattezza ritarderebbe di alcuni momenti il godimento di quest'oro che essi bramano ansiosamente per dissiparlo. Per tal modo, il canale che gli stabilimenti pubblici avevano aperto si inaridisce, e minaccia di rompersi e cadere sotto l'impetuosità del torrente.

Quale rimedio a questi mali? Una saggia amministrazione della pubblica ricchezza, correlativo necessario della privata ricchezza, unico mezzo di abbassare progressivamente, senza scosse, l'interesse del danaro, in forza dell'abbondanza di questa mercanzia di prima necessità, siccome rappresentativa di tutte le altre; un Codice di commercio basato sulla buona fede, il quale, conservando alle antiche leggi francesi tutto ciò che le medesime contengono di utile, le purghi dagli abusi che la ruggine del tempo vi aveva introdotti; dei regolamenti saggi, comuni ed agli stabilimenti pubblici destinati a sollecitare la circolazione, ed al traffico privato; un Codice civile ed uniforme per tutti i rami di commercio, li quali non sono compresi in queste due eccezioni. E' questo quello a cui si circonscrive la materia del titolo che io sono per analizzare.

III.

Della natura della garanzia, ossia pegno, e dell' anticresi; in che eglino siano differenti dall' ipoteca.

(1) La parola *garanzia*, presa nella sua generalità, esprime una convenzione, in virtù della quale un creditore si trova al *possesso* di una cosa mobiliare ovvero immobiliare, per sicurezza del suo credito, sia che questa cosa gli sia stata consegnata dal debitore, ovvero da un altro terzo, a favore del debitore. *Codice civile art.* 2071, e 2077.

Se la cosa è mobiliare, questa parola prende il nome di pegno; che equivale alla latina *pignus da pugnum*, » pugno; « *quia res quae pignori datur manu traditur.* L. 238, §. 2. Dig. *verb. fig.* » Perciocchè la cosa, la quale si dà in pegno è consegnata al creditore, passandola da una mano all' altra. «

Se la cosa è immobiliare, chiamasi allora anticresi, dalla corrispondente parola greca, che significa » prestito reciproco «, dalla parte del creditore, risultante dalla somma fornita al debitore; dalla parte del debitore, proveniente dall' immobile, di cui egli trasmette il possesso al suo creditore per conservarla, e godere dei frutti sino alla restituzione della somma imprestata.

Inter pignus et hypothecam tantum nominis sonus differt. L. 6 §. 2 Dig. *de pig. et hyp.*

» Tra il pegno (o piuttosto l' anticresi), e l'ipoteca, non vi esiste altra differenza che il suono delle parole. «

Lo che per altro non è totalmente esatto, poichè » l'ipoteca derivata dalla parola greca, che significa a un di presso *io pongo sotto*, assoggetta bensì l' immobile ipotecato al creditore, gli acquista un diritto reale, il quale non può essere posposto che in virtù di un privilegio (ovvero da un'eccezione risultante dalla natura dell' obbligo), ovvero da coloro i quali hanno acquistato anteriormente lo stesso diritto;

ma non gli trasmette nè il possesso, nè il godimento, carattere distintivo del pegno, dell'anticresi.

Sotto questo punto di vista, l'anticresi differisce dall' ipoteca, come il pegno, propriamente detto, è differente dalla *semplice staggina*, la quale mette il mobile appreso sotto la salvaguardia della giustizia, per sicurezza del creditore; ma non gliene trasferisce il possesso.

» . . . . . S'intende il *semplice sequestro* quando non vi è luogo alla trasmissione di beni. « *Statuto di Parigi art.* 86.

Il medesimo sarebbe pegno propriamente detto, quando l' effetto fosse rimesso ad un terzo per la sicurezza e del creditore e del debitore. *Cod. civ. art.* 2077.

Il contratto in allora parteciparebbe del pegno e del deposito, per la di cui ragione le parti avrebbero l' azione contro il depositario comune.

IV.

Conseguenze delle predette definizioni, concernenti il pegno propriamente detto, e l'anticresi.

(1) Il pegno propriamente detto, ed anche il semplice pignoramento, conferiscono il privilegio al creditore sul mobile pignorato.

L'anticresi al contrario non ne accorda; ma attribuisce soltanto il diritto di godere dei frutti dell'immobile, di cui il debitore si è momentaneamente spogliato, fino all' estinzione del debito, tanto rispetto al capitale, quanto rispetto agli interessi ed alle spese. *Cod. civ. art.* 2073, e 2091.

Cotale differenza negli effetti dei due diritti, è la conseguenza di quella che esiste tra gli oggetti delle due convenzioni.

Il mobile considerandosi appartenere a quegli, il quale si trova averne il suo possesso, come noi l'abbiamo detto al titolo *delle cose*, non avendo alcuna conseguenza

in forza dell' ipoteca, la stipulazione del pegno diventerebbe illusoria, se ella non attribuisse altro diritto al creditore in possesso, che quello di un semplice sequestrante, obbligato di ammettere alla compartecipazione gli altri pignoranti ed opponenti.

L' anticresi essendo il possesso di un immobile gravato di tutti i privilegi, di tutte le ipoteche dei creditori, il debitore, il quale ha contrattato sotto questa condizione, pregiudicherebbe a' dei terzi, se l'anticresi gli conferisse qualche altro diritto oltre quello di godere dei frutti, fino a che ei sia pagato, in ordine alla sua classificazione, sull'immobile pignorato, se è permesso di parlare in tale maniera.

» Quanto è prescritto nel presente capo (dell' anticresi), non porta verun pregiudizio alle ragioni che potessero spettare ai terzi sopra gl' immobili dati a titolo di *anticresi*.

» Se il creditore, munito di questo titolo, avesse per altra causa, privilegi od ipoteche legalmente stabilite e conservate sopra lo stesso immobile, egli le esperi-

menta nel grado che gli compete, e come qualunque altro creditore. » *Codice civile art.* 2091.

(2) Lo statuto di Parigi circonscriveva il privilegio del signore del feudo, in virtù del *sequestro pignoratizio* de' mobili che fossero nelle case del suo livellario, *a tre anni di annualità del livello.* Statuto di Parigi, *art.* 86.

Del creditore di annualità di rendite fondiarie o costituite, *sulle case situate nella città e sobborghi di Parigi*, a tre anni. *Ibid. art.* 163.

Egli estendeva il privilegio del proprietario di qualche casa da esso affittata . . . indefinitivamente alle rate dovutegli per l'affitto. . . . . *Ibid. art.* 161.

» E se vi sono de' subaffittuarj . . : . *in ragione della loro occupazione.* » Ibid art. 162.

Noi non ci occuperemo di questi effetti *del sequestro pignoratizio*; dopo l'abolizione de' diritti feudali il primo non ha più luogo; del secondo e del terzo si è parlato nel titolo *dell' affitto*, ed in quello *dei privilegi e delle ipoteche.*

(3) Importava di conoscere e distinguere il prestatore contro pegno, o mediante anticresi, le quali cose altro non sono che garanzie reali, da questi vili agiotatori, tiranni tanto più crudeli, in quanto che non essendo provati da alcun titolo i loro giri, si sottraggono alla vendetta delle leggi.

Le convenzioni accessorie del pegno ossia possesso, sono soggette alla prova scritta, « sia in forza di atto pubblico, sia per privata scrittura, debitamente registrata, *che contenga la dichiarazione della somma dovuta, come pure la specie e la natura delle cose date in pegno, e vi sia annesso uno stato della loro qualità peso e misura.* » Codice civile art. 2074.

Nell' antico diritto di Francia noi abbiamo osservate le stesse formalità prescritte dall' ordinanza del 1673 art. 8 e 9.

» Tuttavia la riduzione dell' atto in iscritto, e la sua registrazione non sono richieste, se non quando si tratti di un oggetto eccedente il valore di centocinquanta lire. » *Codice civile ibid.*

(Poichè fino alla concorrenza di questa

somma, la convenzione principale è suscettibile della prova testimoniale; in quale modo il pegno, il quale non è che accessorio, non ne sarà egli suscettibile?)

» L'anticresi non può stabilirsi che mediante scrittura. » *Ibid. art.* 2085.

La trasmissione del possesso de' mobili incorporali non si stabilisce se non mediante una traslazione debitamente intimata al debitore.

Veggasi al titolo *del contratto di vendita.*

Il pegno delle obbligazioni e di altri effetti mobiliari di simile natura si stabilisce nello stesso modo. *Ibid art.* 2075.

Il privilegio del creditore in possesso del pegno, risulta dal mentovato possesso in cui egli, ovvero un terzo eletto dalle parti è posto della cosa stata data in pegno, per l'interesse dell'una e dell'altra; questo privilegio pertanto cessa, se la cosa viene trasferita in mani estranee.

Per questo motivo, nell'antico diritto di Francia, non sussisteva, quanto alle mercanzie suscettibili di essere vendute in dettaglio, se non fino a tanto che le medesime, giusta l'espressione de' pratici, trovavansi tut-

tavia legate con corda ed imballate. Cessa lo stesso, nell'uno e nell'altro regime, relativamente agli oggetti di dettaglio, eccettochè cotali oggetti non sieno specificati espressamente nell' atto che comprova il pegno.

» In ogni caso il privilegio non sussiste sul pegno, se non in quanto lo stesso pegno *sia stato consegnato, e sia rimasto* in potere del creditore o *di un terzo eletto dalle parti.* » Ibid. art. 2076.

(4) Il pegno e l' anticresi essendo garanzie reali, le cose le quali ne formano l' oggetto non possono essere riclamate dal debitore, quando egli non soddisfaccia intieramente il suo creditore tanto riguardo al capitale, che rispetto agli interessi e spese.

Se però il creditore *non abusa della cosa data in pegno*; poichè in tale caso ei verrebbe spogliato del godimento che gli appartiene, non in virtù della proprietà del debitore, ma in castigo del suo delitto. *Ibid. art.* 2082 e 2083.

L' articolo 2082 presenta un caso più rimarchevole.

Un debitore ha consegnato un pegno per garanzia del debito che egli contrattava; posteriormente a cotale obbligazione esso ne contrae un secondo verso il medesimo creditore, senza stipulazione di pegno; il medesimo paga il primo debito, e pretende di ritirare il suo pegno: cotale sua pretensione sarà ella fondata ed ammissibile, senza avere pagato il secondo? Nò, risponde la legge romana; quantunque la seconda obbligazione non contenga alcuna stipulazione di pegno, la presunzione di diritto è che il creditore non avrebbe dato ad imprestito, se egli non si fosse creduto garantito dal possesso di un pegno sufficiente per cautelare ed assicurare le due obbligazioni.

Cum pignori rem pignoratam accipi posse placuerit; quatenus utraque pecunia debetur, pignus secundo creditori tenetur. L. 13 §. 2 dig. *de pig. et hyp.*

» Quando si è detto che una cosa diggià impegnata poteva esserlo di nuovo, si è inteso di dire che il pegno non può essere disimpegnato, finchè è dovuta l'una o l'altra somma. »

(5)

(5) » Il pegno è indivisibile, non ostante la divisibilità del debito tra gli eredi del debitore, o fra quelli del creditore. » *Codice civile art.* 2083.

» L' erede del debitore che ha pagato la sua parte del debito, non può domandare la restituzione della sua parte del pegno *sino a che non sia intieramente soddisfatto il debito.*

» Vicendevolmente, l' erede del creditore che ha esatto la sua parte del credito, non può restituire il pegno in pregiudizio de' di lui coeredi non ancora soddisfatti. » *Ibid.*

(6) Ciò che più di tutto importava di prevedere, è l'appropriazione a se medesimo, dalla parte del creditore, della cosa che gli è stata consegnata a titolo di pegno, senza preventiva stima, senza autorizzazione della giustizia.

» Il creditore non può disporre del pegno pel non effettuato pagamento; *gli è però salvo il diritto di far ordinare giudizialmente*, che il pegno rimarrà presso di se in pagamento, e fino alla concorrenza del debito, *a norma della stima fatta per*

mezzo de' periti; oppure che sarà venduto all'incanto.

» *E' nullo qualunque patto, il quale autorizzi il creditore ad appropriarsi il pegno o a disporne senza le formalità superiormente prescritte.* Ibid. art. 2078.

» Il creditore non diventa proprietario dell'immobile (dato in anticresi) per la sola mancanza del pagamento nel termine convenuto ; *qualunque patto in contrario è nullo* (in mancanza di pagamento); può domandare con mezzi legali che ne sia tolta la proprietà al suo debitore. » *Ibid. art.* 2088.

Da ciò che il debitore rimane proprietario del pegno, risulta che il creditore il quale ne ha il possesso è responsale della sua negligenza, come il mandatario, come il depositario, con questa circostanza che dandosi il pegno per l'interesse delle due parti, il creditore non è obbligato ad usare per la conservazione del pegno, che la premura medesima, che egli pratica di avere per i suoi proprj affari. Ei non è responsale di ciò che le leggi chiamano *levissima culpa*, « la colpa la più leggiere. »

» Il debitore deve dal suo canto compensare al creditore le spese *utili* e necessarie da questo fatte per la conservazione del pegno. *Codice civile art.* 2080.

Istessamente, nell'anticresi, il creditore al possesso dell'immobile, se non vi è *atto in contrario*, « è tenuto a pagare le contribuzioni e gli aggravj annui dell'immobile che tiene in anticresi. » *Ibid. art.* 2086.

» Deve pure, sotto pena de' danni ed interessi, provvedere alla manutenzione, ed alle riparazioni utili e necessarie dell'immobile, salva ad esso la ragione di prededurre, *sopra i frutti* tutte le spese relative a questi diversi oggetti. » *Ibid. art.* 2086.

Se ei vuole liberarsi da queste obbligazioni, che rinunci alla sicurezza che ha voluto procacciarsi mediante l'anticresi; il debitore non potrà ricusarsi dal riprendere l'immobile che esso gli aveva ceduto. *Ibid. art.* 2087.

(8) Se un credito produttivo d'interessi è stato dato in pegno, *il creditore imputa tali interessi in quelli che possono essergli dovuti.*

» Se il debito per la cui cauzione si è dato in pegno un credito non produca per se stesso interessi, l'imputazione si fa sopra il capitale del debito. » *Ibid. art.* 2081.

» Il creditore (in virtù dell'anticresi), non acquista che la facoltà di percepire i frutti dell' immobile, *sotto la condizione d'imputarli annualmente a sconto degli interessi*, se gli sono dovuti, e quindi *del capitale del suo credito.* » Ibid. art. 2083.

Egli è questo il motivo per cui, nell'antico diritto francese, il quale non riconosceva gl' interessi legittimi di un credito mobiliare, il di cui capitale non era alienato, che quelli i quali erano dovuti *ex mora*; « in causa della mora » in virtù di una condanna; l'anticresi era considerata come un contratto usurario. Tale era la giurisprudenza costante del parlamento di Parigi.

Le leggi romane autorizzavano la stipulazione indefinita che i frutti dell' immobile dato in anticresi supplissero agli interessi, senza imputazione sul capitale prestato.

Si ànticresis *id est mutuus pignoris usus pro credito facta sit, et in fundum atque in aedes aliquis inducatur, eo usque reti-*

net possessionem pignoris loco, donec pecunia solvatur. Cum in usuras fructus percipiat, aut locando, aut ipse percipiendo, habitandoque. L. 11, §. 1 dig. *de pig. et hyp.* (46)

---

(46) Due specie d' *anticresi* nel diritto romano sono delineate, l' una tacita, e l' altra espressa. Della tacita abbiamo una sentenza di Paolo nella l. 8 D. *in quib. caus. pign. ec.* — *Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratae ad modum legitimum usuras retinere.* E' notabile la correzione del testo proposta da Otomano, *obsev. lib.* 1 *cap.* 4; correzione che trasforma il mutuo gratuito in contratto *fenebre* — *Cum debitor non gratuita pecunia utatur, potest creditor* ec. Ma con ragione venne ripreso da Anneo Roberto *lib.* 1 *recept. cap.* 14. Come in fatti si poteva mai supporre che il debitore si servisse del ricevuto denaro con il carico delle usure, e più avesse a perdere i frutti del pegno sino alla concorrenza delle legittime usure? Ritenuta per tanto l' antica lezione del testo, ecco il vero caso a cui si rende applicabile. Diedi a mutuo al debitore una somma di denaro senz' avere convenuto sulle usure. Questi mi dà a pegno un fondo fruttifero; onde s' induce un tacito patto, per cui non solamente possa raccogliere i frutti ma ritenerli ancora in luogo delle usure sino ai limiti fissati dalla legge per la quantità dell' usura. E ciò per altro s' intende

» Se l' anticresi, vale a dire, l' uso reciproco del pegno (e del danaro), è stato stipulato, e che alcuno sia introdotto nel podere o nella casa che appartiene al suo debitore, egli ne ritiene il possesso, a titolo di pegno, fino a che sia pagato; ed i

---

ognivolta che nella costituzione del mutuo nulla si fosse detto riguardo all'usura; giacchè la cosa sarebbe altrimenti, se vi fosse stato un patto espresso che in nessun modo sul ricevuto denaro corressero le usure. Ma se il danaro sia stato consegnato col pattuito interesse, il creditore raccoglie i frutti del fondo ricevuto a pegno e per il capitale e per le usure, indi viene ad imputarli primamente ai decorsi interessi, e poi alla sorte principale. *Cum pignoris titulo mancipia vos obligasse pro mutua quam accepistis pecunia proponatis, horum mancipiorum operis quas creditor accepit, vel quas percipere potuit, in usuras computatis, et post sortem extenuato debito residuum offerentibus, vel si non accipiat, consignatum deponentibus mancipia vobis praeses provinciae restitui iubebit.* L. 2 C. de *part. pign.* Nell' anticresi espressa se il fondo dato a pegno produce annualmente un frutto certo, non era valida la convenzione che tutto cadesse a profitto del creditore *loco usurarum*, essendo manifesto che il valore del frutto superava la legittima quantità delle usure. *Si ex pactione uxor tua mu-*

frutti che egli percepisce, sia dalla locazione, sia coltivandolo egli direttamente, ovvero abitandovi, gli tengono luogo degli interessi.»

Questa stipulazione è autorizzata dal nuovo Codice.

» Quando le parti abbiano stipulato che i frutti si compenseranno cogl' interessi, *in*

---

tuam pecuniam dedit: ut vice usurarum domum inhabitaret, pactoque ita, ut convenit, usa est, non etiam locando domum pensionem redegit: referri quaestionem, quasi plus domum redigeret, si locaretur, quam usurarum legitimarum ratio colligit, minime oportet. Licet enim uberiore sorte potuerit contrahi locatio: non ideo tamen illicitum foenus esse contractum, sed vilius conducta habitatio videtur, l. 14 C. *de usur.* Ma quando incerto fosse il reddito del fondo dato a pegno, non era nel diritto romano proibito che il creditore lo ritenesse in luogo delle usure, nè essa aveva alcuna obbligazione d' imputare il frutto alla somma capitale, se qualche volta il valore avesse ecceduto i confini de' legittimi interessi. *Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem suum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu majoris percepti emolumenti propter incertum fructuum proventum rescindi placita non possunt*, l. 17 C. *eod.* La tacita anticresi non è più adottata nel nuo-

tutto o fino ad una determinata concorrenza, questa convenzione viene eseguita come qualunque altra che non sia vietata dalle leggi. *Cod. civ. art.* 2089.

E' questa la conseguenza dell'artic. 1905 del nuovo Codice, al titolo *del prestito*.

L' interesse convenzionale può eccedere quello fissato dalla legge, ogni qual volta che la legge non lo proibisce. *Ib. art.* 1907.

Questo arbitrio indefinito non è egli co-

---

vo Codice, non potendosi l' anticresi stabilire che mediante scrittura. V. l' *art.* 2085. E riguardo all' anticresi manifesta, se le parti avessero convenuto d' una compensazione assoluta de' frutti cogl' interessi, la convenzione, dice l'*art.* 2089, viene eseguita come qualunque altra che non sia vietata dalla legge. Penso per altro che la generalità di questa disposizione debba limitarsi a' termini del diritto romano, al caso cioè che il fondo dato a pegno non desse annualmente un certo reddito; onde la giustizia del patto si veda appoggiata all' incertezza de' frutti. E in vero, se l' interesse convenuto fosse del cinque per cento, e del fondo dato a pegno e locato si ritraesse una pensione maggiore della come sopra convenuta quantità delle usure, non vi sarebbe più una ragione per cui l' eccedente provato dal contratto stesso non dovesse imputarsi sul capitale.

me una sorta di resipiscenza di que' tempi calamitosi, nei quali la stessa legge avendo dichiarato che l' oro e l' argento non erano che una mercanzia, non un segno dei valori corrispondente all' immobile produttivo dei frutti, il quale si potesse acquistare con la stessa somma, sembrava favorire l' avidità dei prestatori? Lasciamo cotale questione alla saviezza ed alle viste benefiche dei nostri legislatori.

» Le precedenti disposizioni non sono applicabili nè alle materie commerciali, nè agli stabilimenti autorizzati a far prestanze sopra pegni, riguardo ai quali si osservano le leggi e regolamenti che sono ad essi particolari. *Ib. art.* 2084.

TITOLO XXII.

DEI PRIVILEGJ E DELLE IPOTECHE.

DELLA SPROPRIAZIONE FORZATA, E DELL'ORDINE CHE NE E' LA CONSEGUENZA.

Corrispondente al titolo I. del libro III. delle leggi civili di Domat.

» Chiunque siasi obbligato personalmente, è tenuto ad adempire alle contratte obbligazioni sotto la garanzia di tutti i suoi beni mobili ed immobili presenti e futuri. » *Cod. civ. art.* 2092.

» I beni del debitore sono la garanzia comune de' suoi creditori, ed il prezzo si comparte fra essi, per contributo (quando il debitore sia evitto per non avere adempito l' obbligo che egli ha contratto) quando non vi siano cause legittime di prelazione fra i creditori. « *Ib. art.* 2093.

» Le cause legittime di prelazione sono i privilegj e le ipoteche. « *Ib. art.* 2094.

Questi principj sono di tutti i luoghi, di tutti i tempi; perciocchè sono fondati sulla natura; e nondimeno la loro applicazione più o meno estesa, più o meno ristretta, fu sotto l'impero delle antiche leggi francesi, una sorgente di liti innumerevoli. Possa essere altrimenti la cosa sotto quello delle nuove leggi francesi! Io citerò alcuni esempj necessarj al quadro che io mi accingo ad esporre, rimandando quanto ai dettagli, al testo della legge.

I.

Dei privilegj, tanto nell'antico diritto francese, quanto nel nuovo.

» Non inganniamoci su questa parola (privilegio); siffatta eccezione (al diritto comune) importa ordinariamente con se l'idea di un favore personale. Qui essa significa un diritto acquisito, fondato sopra una rigorosa giustizia . . . . . «

Discorso del consigliere di stato Treilhard.

Privilegia non ex tempore aestimantur, sed ex causa (47). L. 32 Dig. *de reb. auth. jud. poss.*

» L'ordine dei privilegj non si conta dall'epoca dell'obbligazione, ma dalla causa che l'ha prodotta. «

E' sotto questo punto di vista, che nell'antico diritto di Francia, i signori dei feudi godevano del primo di tutti i privilegj, per ragione dei loro diritti signoriali, sui beni dei loro vassalli, o livellarj, situati nell'estensione della loro signoria; avvegnachè cotali beni si consideravano emanati dalla divisione della gleba primordiale del loro feudo; i medesimi venivano considerati come la condizione dello smembramento, cui avevano acconsentito i loro maggiori.

Dopo essi venivano i proprietarj delle rendite fondiarie, a motivo delle annualità delle loro rendite, sopra i beni che vi erano affetti, dei quali in faccia loro rite-

---

(47) *Et si eiusdem tituli fuerunt, concurrunt; licet diversitates temporis in his fuerit. Cit.* l. 32.

nevano la proprietà diretta, ed il diritto di obbligare il loro debitore a *spogliarsene*, se egli non soddisfaceva alla sua obbligazione; questo è ciò che chiamavasi nell' antico diritto di Francia, l' azione *in causa di spogliazione*; differente *dall' azione* in causa di rilascio mediante ipoteca, in ciò che la prima consolidava *ipso jure* la proprietà utile del debitore della rendita, alla proprietà diretta del creditore, senza preliminare stima, senza aggiudicazione. *Veggansi* gli articoli 99 e 100 dello statuto di Parigi. Reciprocamente, il debitore aveva diritto di cedere il podere gravato per liberarsi della rendita, se il titolo primitivo, ovvero li titoli ricognitizj non contenevano altri obblighi personali al ricevitore, come sono di fare dei miglioramenti, *fornire* e *far valere*. Ib. art. 109, 110.]

La seconda (l' azione *in causa di rilascio d' ipoteca*), spogliava del possesso il debitore dell' immobile ipotecato, senza conferire al creditore il diritto di appropriarselo, *per essere detti poderi appresi ed aggiudicati in virtù di un ordine al maggiore ed ultimo oblatore*. Ib. art. 101.

L'articolo 163 dello statuto di Parigi accordava ai creditori delle rendite costituite sopra case situate nella città e sobborghi di Parigi, il solo privilegio il quale non fosse fondato sopra di una proprietà originaria, il diritto di sequestrare *per tre termini di annualità e non più*, » i beni mobili che non fossero nella detta casa, appartenenti al detentore e proprietario » e renderli in forza di tale sequestro il pegno del suo credito, per esserne pagato sul prezzo che ne deriverebbe *in conseguenza di privilegio.* Questo è ciò che chiamavasi *apprensione pignoratizia*; privilegio che da lungo tempo era caduto in disuso.

Queste sorgenti di liti sono inaridite in forza dell'estirpazione fino degli ultimi suoi germoglj del regime feudale, ed in conseguenza della mobilizzazione di tutte le rendite tanto fondiarie che constituite. *Veggasi* il supplemento al titolo V *della distinzione dei beni, e delle diverse modificazioni della proprietà.*

E nondimeno, poichè l'ipoteca, come noi l'abbiamo definita nel titolo precedente, in conformità delle leggi romane, ren·

de l'immobile ipotecato il pegno del creditore, senza trasferirgliene il possesso, è certamente mestieri, per la realizzazione di questo diritto, che l'azione *in rilascio in virtù* d'ipoteca, qualunque sia il nome che se le dii, sussiste, per arrivare alla spropriazione del debitore ed alla vendita giudiziaria, della quale io mi occuperò alla fine di questo titolo.

Il privilegio sussiste tanto sopra i mobili, quanto sopra gl'immobili del debitore in favore del venditore, sul prezzo della cosa che il medesimo ha alienata; in favore di coloro i denari dei quali sono stati impiegati all'acquisto, alla conservazione, al miglioramento dei beni del debitore; degli operaj, e di tutti coloro dei di cui denari si è servito alla costruzione, alle riparazioni di un edificio, sul prezzo della superficie del medesimo, ec. ec. *Veggansi* siffatte spiegazioni, e l'ordine di questi privilegj, nel nuovo Codice dall' articolo 2095 fino all'art. 2102; tutti soggetti al privilegio del venditore, il quale ne è la sorgente, ai di cui diritti sono surrogati li detti creditori giusta l'ordine, e secondo

il grado di utilità da cui eglino sono stati surrogati per la conservazione, per il miglioramento del pegno comune.

L'ipoteca medesima è un privilegio in questo senso che dessa è una deroga alla regola generale, la quale vuole che tutti i beni del debitore sieno il pegno dei suoi creditori, per esserne distribuito il prezzo fra di loro in forza di contribuzione, quando non vi siano delle cause legittime di preferenza. *Codice civile art.* 2093, riportato sopra.

L'ipoteca, al contrario, fra più creditori, i quali hanno per pegno comune il podere ipotecato, accorda la preferenza a quegli, il quale è il più antico in data, e così di seguito.

Cum de pignore utraque pars contendit, prevalet jure, qui prior est tempore. L. 4. C. *de pig. et hyp.*

» Allorchè due parti si disputano il pegno comune, prevale quegli il quale è il primo di data. «

Ma questa materia richiede maggiori spiegazioni, attese le variazioni cui soggiacque tanto nell' antico, come nel nuovo regime.

II.

II.

Delle ipoteche nell' antico diritto di Francia.

» L'ipoteca è un diritto reale costituito sopra beni immobili vincolati per la soddisfazione di una obbligazione. —

» E' di sua natura indivisibile, e sussiste per intiero sopra tutti gl' immobili che si sono obbligati, sopra ciascuno di tali immobili e sopra ogni parte di essi.

» Essa resta inerente ai beni presso chiunque passino. « *Cod. civ. art.* 2114.

» Essa è o legale, » (come è quella dei minori, degli interdetti, sui beni dei loro tutori e curatori, della donna sui beni di suo marito, per la restituzione della sua dote, e per l' esecuzione delle sue convenzioni matrimoniali, ec.) » ovvero giudiziaria, « (vale a dire risultante da sentenze non suscettibili di essere impugnate col mezzo dell' appellazione) » ovvero convenzionale. « *Ib. art.* 2116, e 2117.

Attualmente noi parleremo soltanto di quest' ultima; noi avremo occasione di ritornare sull'ipoteca legale e giudiziaria, quando spiegheremo, con maggiore estensione, le disposizioni del nuovo Codice.

La principale differenza che sussistesse nell'antico diritto francese, tra la giurisprudenza de' parlamenti di diritto scritto, in questa materia, ed il rimanente della Francia, era la ipoteca convenzionale.

Quelli, osservatori fedeli della legge romana, considerando l'ipoteca convenzionale come un accessorio dell' obbligazione principale, non la ammettevano che in virtù di una stipulazione espressa, « sia sopra un oggetto particolare, sia sopra tutti i beni presenti e futuri del debitore. »

Ut specialiter rebus hypotecae nomine datis, caetera etiam bona teneantur debitoris, quae nunc habet et quae postea acquisierit, per inde ac si specialiter hae res essent obligatae. L. 15, §. 1 dig *de pig. et hyp.*

Questi, in forza di una conseguenza dell' articolo 164 dello statuto di Parigi, che porta: « Una obbligazione passata sotto il sigillo reale, è esecutiva sopra i beni mo-

bili ed immobili dell'obbligato » estendevano l'accessorio dell' ipoteca, anche senza stipulazione, a tutti gl'immobili presenti e futuri dell'obbligato, ogni volta che l'obbligazione avesse una data autentica, parificando per tal modo la giurisdizione volontaria de' notari, alla giurisdizione litigiosa de'magistrati. Le cedole, anche per privata scrittura, producevano questo effetto dal giorno che la ricognizione *giudiziale* dalla parte del debitore, ovvero una sentenza che le avesse considerate per riconosciute, avesse loro attribuita una data certa in faccia de' terzi.

Non è che le parti non potessero stipulare una ipoteca speciale sopra alcuni determinati immobili a preferenza degli altri anche del debitore; ma queste stipulazioni introdotte, secondo Laurière, da una Bolla di Papa Pio V, per distinguere più chiaramente il contratto di costituzione di una rendita, dal prestito ad interesse proscritto dalle leggi della chiesa, o piuttosto dalla sottigliezza scolastica, non limitava, nè accordava alcun privilegio all' ipoteca speciale, sull'ipoteca generale, risultante dalla

sola autenticità dell' obbligazione. Epperò i notari non tralasciavano d' inserire, in tutti gli atti, questa clausola divenuta di stile, autorizzata espressamente dall'articolo 100 dello statuto di Parigi, « senza che l'ipoteca speciale deroghi alla generale, nè la generale alla speciale. »

Alcuni statuti, è vero, come quelli di Picardia, di Vermandois, ec. esigevano che il debitore, per costituire l'ipoteca, si spogliasse della pienezza della sua proprietà tra le mani del signore, nella di cui giudiziale giurisdizione erano situati i beni soggetti all'ipoteca, e che il creditore fosse rivestito del suo diritto reale, dal giudice del luogo. Per siffatta ragione, chiamavansi cotali statuti di *veste* e di *devest*, ossia di pegno. Era questo un vestigio più deciso dell' anarchia feudale. Io non lo cito che come quello il quale ha servito, in certo qual modo, di modello ed alla legge del 7 brumale, ed al nuovo Codice che lo ha modificato.

III.

Degli inconvenienti che presentava l'antico regime ipotecario, tanto per l' interesse dei creditori, come per quello del debitore, e degli abusi che ne risultavano.

Da ciò che abbiamo osservato or ora ne risulta che, nell' antico nostro diritto, niuna ipoteca era propriamente convenzionale, poichè anche allora che essa derivava da una obbligazione convenzionale, ella era l' accessorio necessario, indefinito, senza stipulazione, del titolo autentico; che le parti potevano circonscriverla mediante una contraria stipulazione; ma non mai conferirle l' esistenza, che dessa non riconosceva che dalla legge.

Quale massa enorme accumulavano sopra la testa di un uomo solo, ricco in apparenza, soventi povero in realtà, le obbliga-

zioni le quali era obbligato di contrarre anche con tutta la buona fede possibile; le quali, tutte, qualunque fosse la fortuna del debitore all'epoca dell' obbligazione, affettavano tutte le proprietà del contraente in forza dell'universalità dell'ipoteca che egli imprimeva sopra i suoi beni presenti e futuri!

Per tal modo esausto, se egli era onesto, guardavasi dal contrarre nuovi impegni, e rimaneva in una sterile oziosità. Se poi, pascendosi di speranze il più delle volte chimeriche, si faceva lecito di dissimulare de'pesi quasi sempre ignoti a colui col quale trattava, quale facilità non aveva egli per indurlo in errore?

Niente lo impediva di spogliarsi, mediante la vendita, di una parte de' suoi immobili; ma l' acquirente poteva stipulare che egli riterrebbe il prezzo tra le sue mani, fino a che egli avesse purgate le ipoteche in virtù di un decreto volontario che egli intendeva conseguire sopra se medesimo.

E' necessario di spiegare in poche parole questa forma ammessa dall' antico diritto di Francia.

L'effetto del diritto del creditore ipotecario di procedere contro il terzo acquirente dell'immobile ipotecato, era di forzarlo, mediante l'*azione in dichiarazione dell'ipoteca*, di pagare, ovvero di cedere l'immobile ipotecato; « onde detti poderi . . . . essere appresi ed aggiudicati, in virtù di una ordinanza, al maggiore ed ultimo offerente, » porta l'art. 101 dello statuto di Parigi.

Dalla reale apprensione dell' immobile ipotecato, sia sopra il debitore infedele, sia sopra il terzo costretto ad abbandonare l'immobile ipotecato, risultava la procedura lunga, complicata, dispendiosa, dell'*ordine forzato*, il quale purgava le ipoteche, in ciò che il medesimo privava li creditori i quali non eransi manifestati, prima che eglino nominassero l'*ordine di aggiudicazione*, di tutto diritto sull'immobile appreso, per rimandarli sul prezzo risultante dall' aggiudicazione.

Ad esempio di quest'atto di rigore, i pratici avevano introdotto ciò che eglino chiamavano il *decreto volontario* che l'acquirente dell' immobile ipotecato provocava

contro se stesso, sotto di un nome interposto, in virtù di una simulata obbligazione, col mezzo della quale ei faceva aggiudicare a suo piacere l'immobile che desso aveva comperato mediante un contratto volontario; sul prezzo che egli aveva conservato nelle sue mani, pagava i creditori opponenti, ed escludeva coloro i quali non si fossero dichiarati prima *dell' ordine di aggiudicazione*, se il prezzo stipulato mediante il contratto volontario, il quale l'identificava colla aggiudicazione volontaria, non bastava per soddisfarli; procedimento bizzarro, e non ostante ammesso da tutte le antiche leggi francesi, non senza due sensibili inconvenienti.

Il primo, in ciò che rendeva incerta la proprietà, se il numero e le somme dei creditori opponenti, in tempo utile, eccedevano il prezzo stipulato nel contratto di vendita; perciocchè allora il decreto da volontario diveniva forzato; l'acquirente non diveniva proprietario incommutabile quando egli non si costituisse ultimo obblatore, e non coprisse tutte le antecedenti obblazioni, qualunque fossero le somme a cui

le medesime ammontassero; salvo il suo regresso per danni ed interessi contro il suo venditore, troppo frequentemente insolvibile.

Il secondo, che siffatto procedimento, tanto poco conforme alla franchezza ed alla dignità della legge, trascinava delle spese, sempre a carico dell' acquirente, le quali equiparavano e sorpassavano qualche volta tutto il valore degli immobili di poca entità; risultava da ciò che cotali immobili rimanevano invenduti, in pregiudizio dell' agricoltura, della circolazione, dell'attività che moltiplica le ricchezze dello stato; ovvero che se eglino trovavano degli acquirenti i quali acconsentissero a correre il rischio dell'evizione per l'effetto dell' azione in dichiarazione d'ipoteca non purgata dal volontario decreto, eglino se ne indennizzavano mediante la viltà del prezzo.

IV.

Di una legge, la quale nell'antico regime provvedeva a questo imbarazzo, senza estirpare il male dalle sue radici.

Un editto di Luigi XV avrebbe in parte rimediato a cotali inconvenienti, se fosse stato eseguito e più fedelmente, e più constantemente.

Si erigono in tutti i baliaggi e siniscalcati de' registri per ricevervi le opposizioni de' creditori, i quali pretenderanno diritto di ipoteca ovvero di privilegio sopra gl'immobili situati nelle loro giurisdizioni; si nominano degli ufficiali onde invigilino per la conservazione di questi diritti reali; è accordato un termine di sei mesi, affinchè niuno di coloro chi interessa la legge possa pretestare causa d'ignoranza. Dopo tale epoca, la lunga, complicata, dispendiosa precauzione de' decreti volontarj per purgare le ipoteche è soppressa; i nuovi

acquirenti dovranno far registrare i loro contratti nelle nuove cancellerie, incaricate di parteciparne la notizia ai petenti, di esporre mediante permanente affisso, durante due mesi, un estratto espositivo della situazione dell'immobile venduto, del suo prezzo, delle principali condizioni del contratto. Durante due mesi, i creditori opponenti, i quali pretendessero che l'immobile alienato è stato conceduto a prezzo vile, in frode dei loro diritti, sono autorizzati a riproporre l'asta non indefinitivamente, ma mediante l'obblazione di un decimo di più del prezzo capitale, e successivamente di un ventesimo, per i nuovi posteriori incanti. Alla scadenza di questo nuovo termine, delle lettere emanate dalla Sovrana autorità, come ebbero luogo in tutti i tempi, ad effetto di purgare le ipoteche stabilite sopra gli uffici venali, sopra le rendite sullo stato, sopra altri immobili civili, approvate coll'obbligo delle opposizioni, le quali ratificando la vendita producono, con minori spese, minori imbarazzi, minori pericoli, il medesimo effetto che l'ordine di aggiudicazione dei decreti

volontarj. Quelli dei creditori opponenti, i quali non sono in ordine utile, non perdono i loro diritti; le opposizioni loro sussistono per due anni, e possono essere rinnovate; possono sopraggiungere dei creditori; l'effetto dell' ipoteca universale, risultante dall'autenticità degli atti, a cui la legge non si è permessa di derogare, sussiste nella sua integrità sopra tutti gli altri immobili del debitore, senza inversione dell' ordine prescritto dalla legge; ma l'immobile venduto è pienamente liberato; la mancanza di opposizione anteriore alle lettere di ratifica, milita contro i minori, gl'interdetti, gli assenti, le persone di mani morte, le donne sotto la podestà del marito; sono eccettuati quei soli, i diritti dei quali non erano aperti all' epoca di queste lettere, nella qual classe erano, a' termini dell' antico diritto di Francia, le donne maritate, rispetto al loro assegno vedovile, i figli per il ridetto assegno medesimo che loro apparteneva, i chiamati alle sostituzioni fedecommessarie. L'acquirente che rimane gravato di questi diritti eventuali non ha a dolersi; » egli non ha potuto igno-

rare la condizione di colui col quale esso contrattava. « *Qui cum alio contrahit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus.* L. 19. Dig. *de reg. jur.*

Tale è, in sostanza, l' editto del mese di giugno 1771, accolto con riconoscenza da alcuni parlamenti, da altri rigettato.

Si lamentano gli uni di ciò, che provvedendo la nuova legge alla sicurezza degli acquirenti, non ha estesa la sua previdenza fino a rendere pubbliche tutte le ipoteche, di cui può essere gravato un debitore.

I Greci, dai quali i Romani presero il diritto dell' ipoteca, come si evince dal nome, non avevano trascurata cotale precauzione. Essi annunciavano l' impegno accessorio all' obbligazione principale, col mezzo di avvisi che il creditore faceva affiggere sopra il fondo ipotecato; ebbero origine da ciò quei pali che chiamavansi nell' antico diritto francese *les Brandons*, i quali il signor feudale ovvero censiere, faceva piantare sul podere gravato dei suoi diritti, ed alla apprensione, dei di cui frutti pendenti dalle radici esso aveva proceduto,

in mancanza di pagamento. *Art.* 74 *dello Statuto di Parigi.*

I Romani al tempo delle formole superstiziose dei giureconsulti, annunciavano le ipoteche col mezzo di una vendita simulata, *ma pubblica*, che faveva il debitore al suo creditore, dell' immobile ipotecato, per servirgli di pegno fino al pagamento del debito ipotecario.

» (*a*) Le ipoteche, diceva il parlamento delle Fiandre, si conservano (in forza della pubblicità) nei paesi bassi francesi, austriaci, olandesi, e nei paesi di Liegi; ed i popoli di questi differenti dominj fanno fra di loro una infinità di affari, con una intiera confidenza. «

Si lamentavano gli altri della troppo grande pubblicità che la legge del 1771 dava alle ipoteche imposte sopra alcuni arpenti di terra, capace, dicevano i medesimi, come per una specie di bilancio, di allarmare gli spiriti sulla solvibilità del debitore il più opulento e della miglior fede.

(*a*) Discorso del consigliere di stato *Treilhard.*

Vano timore, dissipato da questa considerazione, che è negli affari di commercio che la pubblicità *del dare e dell' avere* del negoziante può temersi momentaneamente, che la legge del 1771, egualmente che tutte le altre concernenti le ipoteche reali, sono totalmente estranee a questi trattati.

E nondimeno, l' esperienza ha dimostrato che la pubblicità delle ipoteche, unita alla loro universalità, per il solo effetto dell' atto autentico, non era senza pericolo.

In cotal guisa si preparava la nostra rivoluzione, la quale non conobbe nel suo nascere veruna modificazione.

V.

Della legge dell' 11 brumale anno 7, e delle disposizioni del nuovo Codice in generale.

In virtù della legge dell' 11 brumale anno 7, i registri dei conservatori delle ipoteche acquistarono una ben diversa autorità

da quella che essi avevano in forza dell' editto del 1771. Si limitavano questi a far conoscere alle parti interessate i privilegj e le ipoteche, delle quali era gravato il podere venduto; escludendo quelli, i quali non si fossero presentati prima del conseguimento delle lettere di ratifica; quelli completano, come per una sorte di *vest.* e di *devest.*, il diritto acquisito anteriormente, sia dalla legge, sia dalla autorità della giustizia, sia dalla convenzione in forma autentica, ai creditori privilegiati ed ipotecarj, dei quali essa non confonde l'ordine; sotto la condizione che eglino si faranno inscrivere, entro i tre mesi dalla pubblicazione della legge; termine fatale, passato il quale il creditore della vigilia prevalerà ad un venditore privilegiato, ad un creditore ipotecario di quarant'anni, a quegli che riclama l'autorità delle sentenze pronunciate in suo favore anteposti ai creditori inscritti in tempo utile. Il minore stesso, l'interdetto, il quale non aveva veruna volontà, la donna maritata sotto la podestà di suo marito, l'assente, a cui il nuovo ordine di cose fu sconosciuto, non sa-

saranno esenti dal rigore della nuova legge; salvo il loro regresso contro i loro amministratori, o negligenti, od infedeli quasi sempre insolvibili. —

Quale scossa irreparabile per il passato ha dovuto produrre un tale ordine di cose, in forza dell' effetto dei diritti acquisiti a dei terzi! E' all' oggetto di sviluppare questo caos che i nostri legislatori hanno adottate le tre specie dell' ipoteca legale, in favore, 1. delle donne maritate sopra i beni dei loro mariti; 2. dei minori od interdetti sopra i beni dei loro tutori o curatori; 3. della nazione, delle comuni e degli stabilimenti pubblici sui beni dei loro ricevitori ed amministratori dell' ipoteca giudiziale e dell' ipoteca convenzionale. *Cod. civ. art.* 2117.

VI.

Dell' estensione dell' ipoteca legale e giudiziale, e delle diverse modificazioni che il nuovo Codice ha recate alla legge dell' 11 brumale anno 7 in questa parte.

(1) » Il creditore cui compete l' ipoteca legale, può esercitare la sua ragione sopra tutti gl' immobili spettanti al debitore e sopra quelli che potranno appartenergli in avvenire . . . . « *Ib. art.* 2122.

Ha luogo lo stesso dell' ipoteca giudiziale, quanto all' estensione di diritto, non quanto alla dispensa dell' iscrizione. *Ibid. art.* 2123. —

E' questa una delle modificazioni che il nuovo Codice ha introdotte nella legge dell' 11 brumale.

Infatti, come esigere, senza ingiustizia, questa formalità dal creditore, il quale non ha cessato giammai di essere sotto la po-

destà del debitore, il quale aveva interesse di fare svanire l'ipoteca di cui era gravato, come sono le donne maritate, i minori, gl'interdetti, rispetto ai loro tutori e curatori!

E' inutile l'inscrizione, relativamente alla nazione, alle comuni, ai pubblici stabilimenti, i diritti dei quali sopra i loro rettori, ed amministratori niuno li ignora.

Si presenta a questo proposito una questione diversamente decisa dai parlamenti nell'antico diritto francese.

Tra queste convenzioni della moglie, le quali attribuiscono ad essa un'ipoteca legale sopra i beni dell'altro sposo, ve ne sono di quelle acquisite a titolo oneroso, ed altre che sono delle pure liberalità. In caso d'insufficienza per soddisfare le une e le altre, è giusto di dare la preferenza alle prime sulle altre.

» Ecco (dice un celebre giureconsulto soventi da me citato in quest'opera) l'ordine che si osserva in tribunale per le ipoteche della donna. «

» Occupa il primo posto la dote.

» In secondo luogo, l'aumento di dote,

(in paese di diritto scritto) l'assegno (in paese retto dagli statuti.)

Conciossiachè, quantunque questi diritti sieno delle liberalità, elleno sono cotanto ordinarie, che debbono essere considerate come inerenti all' essenza del contratto (*praetium delibatae virginitatis.*)

» In terzo luogo il rinvestimento dei beni proprj alienati.

In quarto luogo, l'indennità dei debiti ai quali si è obbligata la moglie per suo marito.

In fine, l'antiparte e le altre convenzioni. «

Argou, Instituzione al diritto francese tomo II, libro IV, cap. II.

E nondimeno, tutte queste convenzioni in qualunque ordine che le medesime sieno collocate, hanno la loro ipoteca all' epoca del contratto di matrimonio, e nella giurisprudenza del parlamento di Parigi, non poteva esserne interrotta la serie dai diritti dei terzi.

Siffatta giurisprudenza, ai nostri legislatori non è sembrata conforme all' equità.

(L' ipoteca legale) costituisce un dirit-

to (senza inscrizione) a favore delle donne, a motivo della loro dote e delle convenzioni matrimoniali, sopra gl' immobili dei loro mariti, *a contare dal giorno del matrimonio.*

(E nonostante) » La moglie non ha ipoteca *per i capitali dotali provenienti da eredità ad essa pervenute, o da donazioni a lei fatte durante il matrimonio*, se non dal giorno dell' apertura delle successioni, o dal giorno in cui le donazioni hanno conseguito il loro effetto.

» Non ha ipoteca *per l' indennità dei debiti da lei contratti unitamente al marito*, *e pel rinvestimento dei proprj beni alienati*, se non dal giorno dell' obbligazione o della rendita. « *Cod. civ. art.* 2135.

Infatti, poichè il marito non ha potuto obbligare la sua consorte senza il suo consenso, poichè egli non ha potuto alienare una porzione della dote della moglie senza il suo assenso, con qual motivo vorrebbe ella essere anteposta, per tali oggetti, a dei creditori, i quali hanno contrattato di buona fede col suo sposo prima del nuovo peso che ella ha imposto, mediante il suo consenso ai beni dello sposo?

(2) » A lato della disposizione, la quale non permette di opporre alle mogli ed ai minori la mancanza d'inscrizione, noi abbiamo collocate tutte le misure coercitive contro dei mariti ed i minori, per astringerli a fare le inscrizioni che ordina la legge.

Se è stato giusto il proteggere la debolezza dei minori e delle mogli, non è stato meno convenevole, meno necessario di provvedere, affinchè i terzi non fossero ingannati.

Discorso del consigliere di stato Treilhard.

Siffatte precauzioni consistono ad ingiungere al pubblico ministero di richiedere in suo nome l'inscrizione dell'ipoteca legale; ad autorizzare il surrogato tutore, i parenti ed anche gli amici della donna maritata ovvero dei minori a far seguire l'inscrizione; in fine, a considerare i mariti ed i tutori e curatori, i quali avessero trascurato di adempire a questo dovere, stellionatarj; ed è per questa ragione che possono esservi costretti mediante l'arresto. *Cod. civ. art.* 2136, 2137, 2138, 2139.

» Quando nel contratto di matrimonio, i contraenti di età maggiore avranno convenuto che non si faccia inscrizione fuori che sopra uno, o sopra determinati immobili del marito, gli altri che non saranno indicati per l'inscrizione rimarranno liberi e sciolti dall' ipoteca per la dote della moglie, e per la ricupera delle cose sue proprie, e per i patti nuziali. Non si potrà pattuire che non si faccia alcuna inscrizione. « *Ib. art.* 2140.

(Avvegnachè sarebbe rendere illusorie le convenzioni del più sacro dei contratti.)

» Lo stesso avrà luogo per gli immobili del tutore, quando i parenti uniti in consiglio di famiglia saranno stati di parere che non si faccia inscrizione che sopra determinati immobili. » *Ib.* 2141.

» Nel caso dei due articoli precedenti il marito, il tutore ed il surrogato tutore, non saranno tenuti a richiedere l' inscrizione che sugli immobili indicati. « *Ibid. art.* 2142.

(3) L' universalità dell' ipoteca legale e giudiziale, quantunque fondata in diritto, presentava i medesimi inconvenienti, che

quella dell' ipoteca risultante dall' autenticità dell' atto; il nuovo Codice porge i mezzi di ridurla al giusto suo valore senza pregiudicare ai diritti del creditore. Noi lo esporremo dopo esserci occupati dell' ipoteca convenzionale, alla quale si applicano i principali cambiamenti che il nuovo Codice ha fatto all' antico diritto francese, ed alle conseguenze che ne risultano.

VII.

Dell' ipoteca convenzionale.

Questa ipoteca, confusa nell' antico diritto francese con l' ipoteca legale, poichè l' atto da cui essa risultava non aveva quest' effetto che in virtù della sua autencità, sia che egli contenesse o nò una stipulazione espressa dell' ipoteca, fu sola riconosciuta dalle leggi romane, le quali mettevano le altre due fra le azioni personali

Inter pignus et hypotecam (quantum ad actionem hypotecariam attinet) nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obli-

gata, utraque hac appellatione continetur.. » Inst. *de act.* §. 7.

» Tra il pegno e l'ipoteca, (quanto a ciò che spetta all'azione ipotecaria) non havvi alcuna differenza; perciocchè chiamasi indifferentemente pegno od ipoteca la cosa *sopra di cui si è convenuto, tra il creditore ed il debitore* che fosse obbligata al debito . . . . . «

Un tal ordine di cose era utile ed al creditore ed al debitore; al creditore in ciò che lo poneva in grado di assicurarsi un pegno sufficiente al pagamento del suo credito, interessi e spese; al debitore, mediante la libertà di tutti i suoi possessi, a riserva di quelli che egli aveva affetti al pagamento dell' obbligo che egli contraeva.

Un tal ordine di cose preveniva i pericoli della pubblicità delle ipoteche, non alterando il credito del debitore, che nel solo punto sopra di cui era cosa giusta che il creditore non ignorasse la posizione di quegli col quale egli contrattava. *Qui cum alio contrahit, vel est, vel non debet esse ignarus conditionis ejus.* L. 19. Dig. *de reg. jur.*

» Colui che contratta con un altro, o non è, o non deve essere ignaro della situazione di colui col quale esso contratta. «
Sono queste le basi delle disposizioni del nuovo Codice.

(2) » L'ipoteca convenzionale non può stabilirsi che con atto stipulato in forma autentica avanti due notaj o avanti ad un notajo e a due testimonj. *Codice civile, art.* 2127.

Le ipoteche risultanti da decisioni di arbitri, da sentenze pronunciate in paese straniero, ovvero da atti per privata scrittura riconosciuti in giudizio, ovvero ritenuti come tali, non sono nulle; ma non acquistando autenticità che dal giorno in cui esse sono state dichiarate esecutive, o da sentenza che le ha riconosciute o considerate come tali, dal nuovo Codice sono annoverate fra le ipoteche giudiziali. *Ibid. art.* 2128.

Elleno si estenderebbero a questo titolo sopra tutti i beni del debitore, se le medesime non venissero circoscritte dalla decisione, ovvero dalla convenzione, le quali formano un titolo medesimo con la sen-

tenza del tribunale, la quale ne ordina la esecuzione. *Cod. civ. ib.*

(3) I contratti fatti in paese estero non possono produrre ipoteca sui beni esistenti nel regno; quando però non vi siano disposizioni contrarie a questa massima nelle leggi politiche o nei trattati. *Ib. art.* 2128.

(4) L' ipoteca può essere stipulata generale, ovvero speciale; se dessa è speciale, è necessario che ella faccia conoscere nel titolo autentico che la costituisce, sia il contratto primitivo, sia qualsivoglia altro posteriore, la natura e la situazione di ciascuno dei beni che vi sono affetti. *Ibid. art.* 2129.

L' ipoteca generale non può comprendere i beni futuri del debitore. (48), e nondi-

---

(48) Ben diversa era la disposizione del diritto romano riguardo all' ipoteca generale. Non solamente era permessa la convenzione, per cui all' ipoteca generale fossero sottoposti i beni futuri: *Conventio generalis in pignore dando bonorum vel postea quaesitorum recepta est*, l. 1 D. *de pign.*, ma Giustiniano volle ancora decidere che quando il debitore avesse sottoposti semplicemente i suoi beni all' ipoteca, dovesse questa estendersi ai beni futuri. V. la l. *ult.* C. *quae res pign. ec.*

meno, se i beni presenti del debitore sono insufficienti per la sicurezza del creditore, e che, nell'atto, non si faccia menzione di cotale insufficienza;

Se i beni presenti del debitore originariamente ipotecati sono periti, ovvero che eglino abbiano sofferti dei deterioramenti che li rendano insufficienti, » *motivando questa insufficienza, può* acconsentire che ciascuno dei beni che egli acquisterà in seguito, rimanga affetto al debito, *a misura degli acquisti.*» Ib. art. 2130, 2131, 2132

(5) L'ipoteca convenzionale essendo una sorta di alienazione, quei soli possono ipotecare, i quali abbiano il diritto di alienare.

I beni de' minori, degli interdetti, degli assenti, non possono dunque essere assoggettati all'ipoteca che per le stesse cause, e con le stesse formalità, colle quali i medesimi potrebbero essere alienati. *Ibid* 2124, 2126.

Quegli, i quali non abbiano sull'immobile, che un diritto » soggetto ad una condizione sospensiva, o risolutiva, non trasmettono in forza dell'ipoteca convenzionale che un pegno soggetto alle stesse

condizioni, alla stessa rivocabilità. *Ibid. art.* 2125.

(6) Importa al debitore che la somma per la quale il suo immobile è ipotecato sia certa e determinata.

Se ella non è determinata dal contratto, il creditore deve stimarla, nell' iscrizione che egli farà seguire del suo contratto, salvo al debitore a domandarne la riduzione, se egli giudica eccessiva la stima. *Ib. art.* 2132.

(7) » L' ipoteca acquisita si estende a' tutti i miglioramenti sopraggiunti all' immobile ipotecato. « *Ib. art.* 2133. (49)

---

(49) *Grege pignori obligato, quae postea nascuntur tenetur*, l. 13 D. *de pign. ec. Si fundus hypothecae datus sit, deinde alluvione major factus est, totus obligatur* l. 16 *eod.*

VIII.

Dell' ordine dei privilegj ed ipoteche ; delle inscrizioni, le quali ne assicurano la pubblicità ; del loro cancellamento e riduzione.

(1) *Prevalet jure qui prior est tempore.* L. 1 *in fin. C. qui potiores in pig. vel hyp. hab.*

» Quegli prevale in diritto, la di cui ipoteca è più vecchia. »

Ella è questa la regola generale, la quale non ammette eccezione se non a favore de' privilegj dei creditori, dei quali noi abbiamo parlato, i quali, medesimi, concorrono, ovvero si primeggiano l'un l'altro secondo il grado di favore del loro titolo.

Io non entrerò in questi dettaglj sviluppati abbastanza negli articoli 2106 fino al 2113 del nuovo Codice.

Quando esigevasi la sola autenticità del titolo per lo stabilimento del privilegio ov-

vero dell'ipoteca, la causa espressa ovvero la data dell'atto bastavano per fissare il posto de' creditori tra loro. Egli è questo il motivo per cui le ordinanze de' re francesi prescrivevano che li notaj facessero menzione *del tempo se prima o dopo mezzo giorno erano stati fatti gli atti.* Ordinanza di Blois, art. 167.

Nel nuovo diritto, in cui è necessaria, per completare l'ipoteca giudiziale convenzionale, l'iscrizione all'ufficio del circondario ove sono situati i beni, è dal giorno dell'iscrizione che si fissa il rango de' creditori privilegiati od ipotecarj, senza distinzione dell'ora prima o dopo mezzodì, la quale è soppressa.

» Tutti i creditori inscritti nello stesso giorno hanno fra di essi un' ipoteca dell' istessa data senza distinzione tra l' inscrizione fatta nel mattino, e quella fatta nella sera, quantunque queste differenze fossero state indicate dal conservatore. » *Codice civile art.* 2147.

Da ciò risulta che non deve, quantunque su di questo punto non si spieghi il nuovo Codice, essere lo stesso quando l'i-

poteca legale, per la quale non fa mestieri l'iscrizione, si trovi in concorrenza coll' ipoteca giudiziale o convenzionale.

Al debitore infedele sarebbe facile di fare sparire il pegno de' suoi creditori col mezzo di obbligazioni simulate, se la legge non avesse circondato il fallito da una sorte di atmosfera pestilenziale la quale annulla tutti gl'impegni che esso potrà contrarre durante i dieci giorni che precedono il suo fallimento. Ella è questa la disposizione delle vecchie leggi francesi. Il Codice civile applica la medesima alle iscrizioni eseguite, nello stesso tempo, per completare l'ipoteca convenzionale.

» Esse (le inscrizioni) non producono alcun effetto, quando sieno eseguite entro quel tempo in cui gli atti fatti prima del fallimento sono dichiarati nulli. » *Codice civile art.* 2146.

(2) » Non evvi cosa alcuna tanto naturale, dicono le leggi romane, che si disciolgano le obbligazioni, in virtù di quei mezzi i quali hanno contribuito a formarle. »

Nell'antico diritto francese, in cui l'ipoteca risultava dalla sola autenticità della ob-

obbligazione, non poteva la medesima essere estinta che mediante il pagamento, od il deposito, in virtù di una ordinanza del giudice, dietro la negativa del creditore di ricevere il suo pagamento, dopo le fatte offerte reali, integrali, al domicilio del creditore; ovvero in virtù dell'espresso consenso prestato dal creditore, con cognizione di causa, per l'alienazione dell'immobile ipotecato, senza riserva de'suoi diritti.

Nel nuovo Codice, l'ipoteca risultante dalla convenzione tra il creditore ed il debitore, sia nel contratto medesimo, sia posteriormente al contratto reso pubblico, è distrutta da una contraria convenzione, nella stessa forma di quella che l'ha stabilita; essa lo è in forza di una sentenza in ultima istanza, la quale pronuncia la nullità della iscrizione, e ne ordina il cancellamento; conciossiachè non deve essere in potere di un preteso creditore il difficoltare, con timori ovvero chimeriche pretensioni, il diritto del proprietario. *Codice civile art.* 2157, 2158, 2159, 2160.

(3) L'ipoteca legale, l'ipoteca giudiziale, si estendono di diritto sopra tutti i be-

ni presenti e futuri del debitore; la legge però non permette ad alcuno di recar danno ad altri, senza vantaggio per se medesimo.

Il nuovo Codice permette al marito, al tutore di domandare la riduzione dell' ipoteca legale, ogni volta che è notorio che una porzione degl' immobili ipotecati è sufficiente per assicurare la responsabilità di detti amministratori.

Bisognava determinare ciò che la legge chiama ipoteche eccessive, per lasciar minor luogo all' arbitrio.

» Sono considerate eccessive le iscrizioni che cadono sopra più fondi, quando il valore di un solo o di alcuni di essi, che sieno liberi, supera più di un terzo l' importare del credito in capitale ed in legittimi accessorj. » *Ibid. art.* 2162.

Cotale riduzione non ostante non deve essere ordinata senza precauzioni.

» La domanda del tutore sarà promossa contro del surrogato tutore, dietro il parere del consiglio di famiglia.

La domanda del marito non potrà esser fatta che di consenso colla moglie, *dopo*

avere sentito il parere di quattro parenti a lei più prossimi, riuniti in assemblea di famiglia.

Le sentenze non si pronuncieranno che dopo avere inteso il pubblico ministero nelle sue conclusioni. *Codice civile art.* 2144, 2145, 2146, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165.

Non è così dell' ipoteca convenzionale.

Le parti hanno fatta la legge, il diritto del magistrato si limita ad invigilare per la sua esecuzione.

» Possono altresì come eccessive ridursi le inscrizioni fatte a seconda della valutazione fatta dal creditore ai crediti i quali, per quanto riguarda l' ipoteca da stabilirsi per la loro sicurezza, non sono stati determinati da alcuna convenzione, e sono di loro natura convenzionali, eventuali o indeterminati. » — *Ibid. art.* 2163.

» L' eccesso in questo caso è rimesso all' arbitrio del giudice, il quale, a norma delle circostanze, delle probabilità di evento e delle presunzioni di fatto procura di conciliare le ragioni verosimili del creditore con i riguardi di conservare libera al debi-

tore una sostanza proporzionata; senza pregiudizio delle nuove iscrizioni con ipoteca eseguibili dal giorno della loro data, quando l'evento avrà fatto ascendere il credito indeterminato ad una somma maggiore. » . . . . *Ibid. art.* 2164.

Tutte le anzidette disposizioni sono intieramente nuove; esse hanno per iscopo di favorire la sorte del debitore, e di prevenire ovvero diminuire gl' inconvenienti ai quali il sistema della pubblicità delle ipoteche può dar luogo.

Dicasi lo stesso dell' art. 2151, il quale fissa a tre anni compreso il corrente, il diritto del creditore di essere collocato in ordine alla data dell' ipoteca del capitale; ipoteca la quale si estendeva nell' antico diritto francese, a tutti gl' interessi del capitale, come accessorj del medesimo; si eccettuino non pertanto le annualità delle rendite costituite, le quali si prescrivevano in cinque anni, a termini dell' ordinanza del 1510, *art.* 171.

Io scorro rapidamente l' *effetto dei privilegj ed ipoteche* contro i terzi detentori, il quale, a termini dell' articolo 2168 del nuo-

vo Codice, non è altro se non che l'azione *per il rilascio in vista dell'ipoteca* dell' antico diritto di Francia, cui abbiamo spiegata nei primi numeri di questo titolo. Io passo *sulla nuova maniera di purgare i privilegj e le ipoteche*, col mezzo della rappresentazione dalla parte dell'acquirente, del suo prezzo, quando non sieno sopraggiunte delle offerte maggiori, entro il termine di rigore fissato dalla legge, mezzo semplice e facile di sostituita liquidazione, dalla nuova legge, ai fittizj decreti volontarj, ed alle lettere di ratifica dell' editto del 1771; sopra *il modo di purgare l'ipoteca legale, quando non esiste inscrizione verso i mariti ed i tutori*; sulla legge concernente *la comunicazione de' registri delle iscrizioni*, a quelli che la richiedono, meno disonoranti, che quelli affissi usitati presso i Greci nel *forum* de' romani; sulla responsabilità dei conservatori; tutti dettaglj de' quali questa analisi, che conduce al suo termine, non è suscettibile; per limitarmi ai soli oggetti i quali completano questo titolo, *l'estinzione de' privilegj e delle ipoteche*, *la spropriazione forzata* del debitore infedele o negli-

gente, la graduazione tra i creditori che ne è la conseguenza.

IX.

Dell'estinzione dei privilegj ed ipoteche.

» I privilegj e le ipoteche si estinguono:
» 1. Con l'estinzione dell'obbligazione principale;
» 2. Con la rinuncia del creditore all'ipoteca;
» 3. Coll'adempimento delle formalità prescritte ai terzi possessori, per rendere liberi i beni da essi acquistati;
» 4. Colla prescrizione . . . . »

Di cui la durata è diversa, quand'essa milita in favore del terzo detentore, che allorquando si oppone dal principale obbligato, come noi lo spiegheremo al titolo *delle prescrizioni*. Codice civile art. 2180.

Qui tutto è perfettamente conforme all' antico diritto di Francia.

Ciò che importava di decidere dopo il nuovo metodo di fare e di conservare le

ipoteche giudiziali e convenzionali, è che la sola continuazione o rinnovazione dell' inscrizione non basta per interrompere la prescrizione nè dell'azione personale contro il debitore principale, nè dell'azione ipotecaria contro il terzo detentore. La ragione è che l'iscrizione non è contradditoria nè col debitore principale, nè col terzo detentore. *Codice civile ibid.*

X.

Della spropriazione forzata.

Lo scopo di ogni azione, sia personale, sia ipotecaria, è di obbligare il debitore negligente od infedele ad adempire all'obbligo che egli ha contratto.

Le apprensioni ed esecuzioni mobiliari, la spropriazione degli immobili, sono il solo mezzo che la legge civile abbia alla sua disposizione, per arrivare a questo scopo, quand' essa non permetta al creditore di assicurarsi della persona del suo debitore, non per ridurlo in servitù, come facevano i romani; barbarie sconosciuta nei nostri

costumi; ma per costringerlo a redimersi dalla cattività; è questo ciò che chiamasi arresto personale, di cui noi ci occuperemo nel seguente titolo

La materia delle esecuzioni tanto mobiliari che immobiliari, messa dallo statuto di Parigi sotto il titolo *delle apprensioni, esecuzioni e pignoramenti*; segnatamente quella *delle apprensioni reali*, *o pubblicate con gride*, formavano sole nell' antico diritto francese, un Codice particolare da cui ebbe origine il metodico trattato di un celebre giureconsulto del secolo XVIII. (*a*).

L'abbozzo che io mi sono proposto di fare del vecchio e nuovo diritto francese non permette siffatte spiegazioni.

» Noi non abbiamo dovuto occuparci (dice l'oratore del governo) delle forme del procedimento di spropriazione, nè della maniera di procedere alla graduazione ed alla distribuzione del prezzo: questi oggetti cadono sotto il dominio delle leggi sul procedimento.

(*a*) Della vendita degli immobili in forza di decreto, del signor di Hericourt.

» Gli articoli che noi presentiamo sono poco numerosi, e quasi tutti hanno per oggetto di prevenire degli eccessi di rigore dalla parte di creditori inaspriti, od ingannati da consulenti interessati. «

Discorso del consigliere di stato Treilhard.

Infatti, il legislatore in questa parte è in mezzo a due scoglj, tra quello di un procedimento troppo austero, il quale strettamente limitato ai riguardi che esige la legale difesa del debitore, lo priverebbe delle risorse che il suo travaglio, una legittima industria, i soccorsi dei suoi amici potrebbero procacciargli, e tra le involuzioni del rigiro, ruinose per entrambe le parti, nelle quali con troppa facilità s'impegna il debitore, non altrimenti che l'ammalato esinanito dalle fatiche e dai tormenti beve con avidità l'avvelenato liquore che gli presenta la mano dell'empirico, ed il quale momentaneamente non lo sveglia dal letargico suo torpore, che per precipitarlo nella tomba; involuzioni di liti egualmente ruinose e per il creditore e per il debitore.

Ad esempio del piano che i nostri le-

gislatori si sono proposti, ed hanno eseguito, io divido il presente numero in due parti; l'esposizione dei principj generali raccolti dal Codice civile; le modificazioni favorevoli al debitore, le quali la nuova legge aggiunge alle antiche leggi francesi.

Principj comuni all' uno ed all'altro diritto.

(1) Due condizioni sono necessarie per la validità de' procedimenti del creditore; il titolo autentico esecutivo, sia per se medesimo, sia in virtù di una sentenza; la certezza di un credito liquido; e nondimeno la mancanza di liquidazione di un debito d'altronde costante, sia in ispecie, sia in derrate non rende nulli gli atti; esso nondimeno sospende l' aggiudicazione fino a che sia eseguita la liquidazione. *Codice civile art.* 2213.

(2) *La domanda di più non ha luogo in Francia*; è un assioma de' pratici francesi, contrario alla severità delle antiche formole de' giureconsulti romani i quali circoscrivevano per modo l'azione giudiziale, che se l'attore avesse ecceduto, nelle sue

conclusioni, ciò che egli aveva diritto di pretendere, le medesime non permettevano neppure al giudice di ridurre la domanda a ciò che era legittimo.

Non ha luogo lo stesso in Francia, nè fra di noi presentemente.

» Il procedimento alla spropriazione non può annullarsi sotto pretesto che il creditore lo abbia intentato per una somma maggiore del suo credito. » *Ibid. art.* 2216.

(3) » Un semplice trasporto non basta; bisogna parteciparlo alla parte, stenderne copia, prima di passare all' esecuzione. » *Statuto di Parigi art.* 308.

Questo principio, preso dalla ragione e dall'equità, il quale noi abbiamo sviluppato nel titolo *delle obbligazioni*, è stabilito espressamente dal nuovo Codice. *Codice civile art.* 2214.

(4) » Non può intentarsi il detto procedimento sull' appoggio di una sentenza contumaciale pendente il termine ad opporre. » *Ibid. art* 2215.

Implicitamente è qui proscritta la distinzione ammessa dalla giurisprudenza del parlamento di Parigi, contraria alla disposizio-

ne formale del titolo V dell'ordinanza del 1667 tra le contumacie *per non essere comparsi*, che il nominato parlamento giudicava suscettibili di opposizione, durante trent' anni, e le contumacie per non avere fatte le proprie difese e presentate le proprie deduzioni, delle quali il termine non era che di dieci giorni, a contare dall' intimazione della sentenza.

Qualsivoglia opposizione ad una sentenza contumaciale, entro il termine fissato dalla legge, la annulla.

Ma, » il procedimento alla spropriazione può aver luogo in forza di una sentenza provvisionale o definitiva, la quale debba interinalmente eseguirsi, non ostante l'appellazione; ma non può farsi l' aggiudicazione che dopo una sentenza definitiva pronunciata in ultima istanza, ovvero passata in giudicato. » *Ibid.*

Avvegnachè il diritto conferito ad un terzo dall'autorità giudiziale, non sarebbe un danno riparabile definitivamente.

(5) » Ad ogni domanda per la spropriazione degl' immobili (*si aggiunga* a qualsivoglia apprensione mobiliare) deve prece-

dere l' intimazione di pagare fatta da un usciere, a richiesta e ad istanza del creditore, alla persona del debitore od al domicilio. » *Ibid art.* 2217.

Perciocchè ella è massima di stretto rigore, che il debitore prima di essere espulso dal possesso, sia messo in mora di soddisfare alla sua obbligazione.

(6) » Gl'immobili di un minore, *ancorchè emancipato* o di un interdetto, non possono essere posti in vendita, prima che sia eseguita la escussione sopra il *mobiliare.* » *Codice civile art.* 2206.

Eccezioni. — *Prima.* Degli immobili posseduti per indiviso, da un maggiore e da un minore, per un debito comune; perciocchè non godendo il maggiore del privilegio della minorità, la legge non permette al minore di opporre cotale eccezione.

Ha luogo lo stesso quando i procedimenti furono incominciati *contro di un maggiore* prima della sua interdizione. *Ibid. art.* 2207.

Seconda. — » La spropriazione degli immobili che fanno parte della comunione si propone contro il solo marito debitore,

quantunque la moglie sia obbligata per il debito.

» La spropriazione degli immobili della moglie *che non sono stati posti in comunione*, si propone contro il marito e la moglie, la quale, *se il marito ricusi d'intervenire con essa nel giudizio, o egli sia minore può esservi autorizzata dal giudice.*

» *Nel caso in cui il marito e la moglie siano entrambi d'età minore o tale sia soltanto la moglie*, se il marito di età maggiore ricusa d'intervenire in causa, *si deputa ad essa, dal tribunale un tutore contro cui si propone l'istanza.* » Ibid. art. 2208.

Modificazioni favorevoli al debitore, risultanti dal nuovo regime ipotecario.

(1) » Se il debitore prova *con iscritture autentiche di locazione*, che il reddito netto e libero d'un'annata procedente da'suoi immobili, basta pel pagamento del capitale dovuto, degl'interessi e delle spese, e *ne offerisca la delegazione* al creditore, possono i giudici sospendere il procedimento, il quale potrà ripigliarsi, se sopraggiunga qualche opposizione o qualche ostacolo al pagamento. » *Ibid. art.* 2212.

Qui la legge autorizza ciò che prescrivono la ragione e l'equità.

Li due articoli che io sono per citare sono più direttamente la conseguenza della specialità dell'ipoteca ammessa dal nuovo Codice.

» Il creditore non può insistere per la vendita degl'immobili che non sono ipotecati a suo favore, se non qualora i beni ipotecati pel suo credito fossero insufficienti. » *Ibid. art.* 2209.

» La vendita forzata di beni situati in differenti distretti non può promoversi se non successivamente, eccetto che formino parte di una sola e medesima tenuta.

» Essa si promove avanti il tribunale, nel cui distretto esiste il luogo principale della tenuta, o in mancanza di luogo principale, dove si trova la parte de' beni che produce il maggior reddito, secondo la matrice del ruolo. » *Ibid. art.* 2210.

Questa disposizione renderà più rare queste cause scandalose, nelle quali de' ministri di una giustizia rigorosa se ne disputavano il procedimento, sia come più antichi, sia come aventi maggiore giuris-

dizione con la stessa avidità che de' bracchi infaticabili si disputano il pasto della timida preda la quale soccombe sotto la loro rapida corsa.

» Se i beni ipotecati in favore del creditore, ed i non ipotecati, ovvero i beni situati in diversi distretti formino parte d'un solo e medesimo corpo di possessione, si procede unitamente degli uni e degli altri, se il debitore lo chiede, e si fa una stima ragguagliata sul prezzo dell'aggiudicazione quando siavi luogo. « *Ib. art.* 2211.

XI.

Della graduazione tra i creditori.

» La graduazione e la distribuzione del prezzo degli immobili, e il modo di procedere in giudizio sono regolati dalle leggi sulla procedura civile. « *Ib. art.* 2218.; *e dai principj esposti relativamente all' ordine dei privilegj e delle ipoteche.*

TITO-

TITOLO XXIII.

Dell'arresto personale e dello stellionato.

Corrispondente alla sezione IV del titolo VIII delle leggi di Domat.

Se la buona fede regnasse tra gli uomini, eglino non avrebbero bisogno nè di leggi nè di autorità per astringerli a soddisffare alle loro obbligazioni. — Questo restituirebbe la somma prestata; quello supplirebbe alla sua impotenza col mezzo di una servitù volontaria; nissuno si crederebbe nè ricco, nè libero, quando non fossero pagati i suoi debiti.

Tali furono i costumi di tutti i popoli antichi.

Noi abbiamo veduti i Germani nostri maggiori far dipendere la libertà loro dai giuochi della fortuna, alla quale eglino si abbandonavano con una temerità incredibile. *Victus volontariam servitutem adit, quamvis junior, quamvis robustior. Aligari se ac*

venire patitur; ea in re prava pertinacia ipsi fidem vocant. Tacito *de mor. germ.* » Il vinto, quantunque più giovine, quantunque più forte, si assoggetta ad una volontaria cattività. Essi chiamano buona fede questa ostinazione in una cosa cattiva. «

Plutarco, citato da Montesquieu (1), ci osserva che » Solone ordinò ad Atene che non avrebbe più luogo il carcere in causa de' debiti civili. «

Prima era dunque lecito il privare della libertà il debitore; il silenzio della convenzione, la stipulazione era supplita dalla legge.

Questo diritto e le usure mostruose con cui i Patrizj opprimevano i Plebej, fu l'una delle principali cause delle guerre intestine che lacerarono la repubblica romana, per quattrocento sessanta anni che essa durò.

Quale spettacolo videsi mai pari a quello di quel vecchio soldato, di cui ci parla Tito Livio, il quale, carco di catene, si

---

(*a*) Plutarco, *nella sua morale*: che non bisogna prendere ad usura.

Esprit des lois, lib. XX. cap. XV.

precipita ai piedi del Trionfatore dei Volsci, (il console Servilio) mostrando al popolo romano le cicatrici delle onorate ferite che egli aveva riportate in venticinque combattimenti e gl' impronti de' colpi di verghe di cui lo aveva coperto il crudele suo creditore!

Non fu che sotto il regno di Augusto che il debitore insolvibile fu autorizzato a sottrarre la sua persona alla persecuzione de' suoi creditori mediante l' abbandono di tutti i suoi beni; è questa la cessione dei beni, di cui si è parlato al titolo *delle obbligazioni in generale*.

In Francia, in mezzo alle civili e religiose dissensioni le quali agitarono il secolo sedicesimo, il cancelliere dell' Hopital, autore dell' ordinanza di Moulins, del 1586 si persuade che egli reprimerà i disordini prodotti dalle guerre civili, attribuendo, mediante l' articolo 48 di detta ordinanza, alle sentenze in ultima istanza, non suscettibili di appellazione, ovvero di opposizione, il diritto di costringere il debitore a soddisfare alla condanna, in forza del timore di essere ridotto in cattività, quattro

mesi dopo la intimazione alla persona od al domicilio, della condanna, e frattanto in virtù di una seconda sentenza che pronuncia detto arresto; questo è ciò che i pratici chiamavano decreto d' *iterato*.

Sotto il rinomato secolo di Luigi XIV, l'ordinanza del 1667 modera siffatto rigore nel titolo XXXIV, intitolato: *Della liberazione dall' arresto personale*; non assoluta, ma ridotta nei legittimi titoli.

Al benefico Luigi XVI piacque di estendere cotali modificazioni mediante il suo editto del mese di luglio 1780.

Impotenti rimedj contro le attrattive di una falsa libertà la quale, rovesciando tutti i rampari che la saviezza de' nostri maggiori ha opposta alla cattiva fede, incoraggisce tutti i delitti.

» Negli affari i quali derivano dai contratti civili, il magistrato filosofo da me già citato dice (*a*), la legge non deve punto accordare l'arresto personale, perciocchè ella deve avere maggior riguardo alla liber-

(*a*) *Esprit des lois*, ibid.

tà di un cittadino che all'agiatezza di un altro. Ma nelle convenzioni che derivano dal commercio, la legge deve apprezzare assai più la pubblica agiatezza che la libertà di un cittadino; la qual cosa non impedisce le restrizioni e le limitazioni che possono domandare l'umanità ed una buona polizia. » — Vale a dire che la liberazione della prigionia, favorevole in se stessa, cessa di esserlo ogni volta che l'interesse pubblico richiede cotale misura; ogni volta che la condanna del carcere ha per base un quasi delitto, di cui ella è il giusto castigo.

E' questa proposizione che io mi sono prefisso di stabilire, mediante il confronto delle disposizioni dell' ordinanza del 1667 e di quelle del nuovo Codice.

Sono i medesimi principj che autorizzano i mandati di arresto pronunciati dalla giustizia criminale ovvero dalla polizia correzionale; è l'interesse pubblico che assoggetta al carcere tutti i contabili de' denari dello stato; è il pubblico interesse, il quale, nel commercio, riclama la severità delle leggi, per assicurare l'esecuzione degli

impegni basati sulla buona fede, de' quali il creditore non ha alcun altro garante che la persona del debitore e de' suoi fidejussori.

Ma queste materie formeranno l' oggetto di Codici particolari.

Le medesime non entrano nel soggetto del presente titolo. *Codice civile art.* 2070.

I.

Dei casi nei quali il giudice è autorizzato a pronunciare la detenzione personale, in materia civile, senza che il debitore vi si sia sottomesso espressamente in forza dei contratti, e di quelli in cui questa stipulazione non proscritta dalla legge non può essere supplita dal magistrato.

Diritto antico.

» Abroghiamo l' uso delle detenzioni personali, dopo i quattro mesi, stabiliti dall'

art. XLVIII dell' ordinanza di Moulins .... »
Ordinanza del 1667, *titolo* XXXIV, *art.* 1.

» Nondimeno le detenzioni personali, *dopo li quattro mesi*, potranno essere ordinate in causa di spese aggiudicate, *se ascendono ed eccedono le lire* 200 (I nostri legislatori non hanno considerato, malgrado che *le spese sieno la pena del temerario litigante*, che quelle di una causa, frequentemente problematica, sostenuta di buona fede da una parte, qualche volta ingannata da cattivi consiglj, fossero suscettibili di un tale rigore.)

» Lo che avrà luogo per la *restituzione de' frutti*, (« più favorevole assai, che le spese, poichè ella è la conseguenza di una ingiusta detenzione, o supposta tale: *res judicata pro veritate habetur*; » la cosa giudicata si considera « come la verità, ») « e per li *danni ed interessi* (risultanti dalla mancanza ovvero dalla negligenza del debitore) *al di là delle lire* 200. » Ibid. *art.* 2.

» I tutori e curatori potranno altresì essere messi prigione, *dopo li quattro mesi*, nelle somme da essi dovute in causa della

loro amministrazione, *allorchè vi sarà sentenza, giudizio, o decreto definitivo*, e che la somma sarà liquida e certa.» *Ibid art.* 3.

(I minori, gl'interdetti, gli assenti, essendo sotto la protezione speciale della legge, l'interesse pubblico rende i loro diritti sacri ai suoi occhi.) *Arresto personale dietro la sola autorità della giustizia.*

» Proibiamo alle nostre corti, ed a tutti gli altri giudici, di condannare alcuno dei nostri sudditi, all' arresto personale in materia civile, se non per *reintegrazione*, per cedere un podere, in esecuzione delle sentenze; » (supponendo la reintegrazione l'espulsione del proprietario per la via di fatto, è la riparazione di un delitto o quasi delitto) « per *lo stellionato* » (noi ne parleremo nei numeri seguenti;) « per *deposito necessario* », del viaggiatore nell' albergo, del passaggere nella nave che lo tragitta, dello sventurato che un naufragio, un incendio, una ruina, ec. ec. hanno obbligato di confidarsi alla mano pietosa, che sollecita accorreva in suo ajuto. (Quanto è colpevole, se perfida!) « deposito fatto per ordine del giudice, ovvero tra le mani

di pubbliche persone, rappresentazione di beni per parte degli staggitori, commissarj o custodi. » (I suddetti ed i loro fidejussori sono gli uomini della legge; la fedeltà loro importa all'interesse pubblico . . . .) *Ibid. art.* 4.

(Io ammetto ciò che concerne le *lettere di cambio ed il privilegio del denaro regio*, che sono la materia dell' art. 5.)

Proibizione di qualunque stipulazione dell' arresto personale, quando non sia nel solo caso in cui la medesima è espressamente autorizzata dalla legge.

» Proibiamo di fare per l'avvenire alcun giudizio, obbligazioni, od altre convenzioni, che importino la detenzione personale de' nostri sudditi; a tutti i cancellieri, notaj e tabellioni di riceverli; ed a tutti gli uscieri e sergenti di eseguirle, *ancorchè gli atti sieno stati fatti fuori del nostro regno*, sotto pena di tutte le spese danni ed interessi. » *Ibid. art.* 6.

Eccezione riclamata dalla prima di tutte le arti, l'agricoltura, dall'interesse del conduttore medesimo, il quale, privo soventi di tutto, troverebbe difficilmente un pro-

prietario abbastanza confidente per contrattare con esso lui, se egli non si rendesse personalmente garante dell'esecuzione del contratto.

» Permettiamo nondimeno ai proprietarj delle terre e poderi situati in campagna, *di stipulare in causa di affitti, gli arresti personali.* » Ibid. art. 7.

Diritto nuovo.

Tutte le preaccennate disposizioni dell' ordinanza, all'eccezione, 1 di ciò che concerne l'arresto personale in causa di spese aggiudicate da sentenza o decisione, sono rinnovate dagli articoli 2060, 2061, 2062, 2063 del nuovo Codice.

2. Che il nuovo Codice porta a 300 fr. la somma per la quale si può procedere alla detenzione del debitore; in luogo delle lire 200 giusta l'antico diritto di Francia. *Codice civile art.* 2065.

II.

Dello stellionato, in quanto che cotale delitto contiene quasi tutte le cause sviluppate negli articoli precedenti.

Lo stellionato, che trae il suo nome, secondo il *Dizionario Enciclopedico*, da una sorte di Lucertola, (di stellione) rimarchevole per la sua sottigliezza e per la varietà de' suoi colori, riguardato nella sua generalità, è sinonimo di Dolo.

Omnam calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum decipiendum alterum adhibitam. L. 1. Dig. *de dol. mal.*

» Qualsivoglia scaltrezza colpevole, qualsivoglia inganno, rigiro, qualunque macchinazione, all' oggetto di circonvenire, ingannare, indurre altri in errore. »

Altre leggi romane considerano lo stellionato sotto un significato più stretto.

Maxime in his locum habet stellionatus,

si quis forte rem alii obbligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem, alii distraxerit, vel in solutum dederit; nam his omnes species stellionatum continent. L. 3. §. 1. Dig. *Stellion.*

» Lo stellionato ha luogo principalmente, » allorchè alcuno maliziosamente vende, » permuta, dà in pagamento una cosa di » già obbligata ad un altro; perciocchè » tutti li detti fatti contengono lo stellio- » nato. »

Sotto questo punto di vista lo stellionato commesso sopra un pegno mobiliare si confonde con il dolo.

Si quis in pignore aes subjecisset creditori, qualiter teneatur quaesitum est? In qua specie r ectissime Sabinus scribit. si quidem dato auro aes subjecisset, furti teneri, quod si in dando aes subjecisset; turpiter fecisse, non furem esse . . . . sed extra ordinem stellionatus nomine plectetur. L. 36, *in pr.* Dig. *de pig. act.*

» Se alcuno, avendo convenuto col suo creditore di dargli in pegno dell'oro, vi ha sostituito del rame, si domanda quale pena avrà egli incorsa? Sabino scrive che, in

questo caso, se, avendo dato dell' oro, ei lo ha sottratto, per sostituirgli del rame, esso sarà castigato come ladro; ma se la truffa è stata eseguita nell' atto medesimo della tradizione, ei non è un ladro; (distinzione più sottile che reale. . . . . .) e contro di lui straordinariamente, come reo nondimeno si procederà di stellionato. »

Sed et si quis rem alienam mihi dederit sciens, vel si quis rem alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine plectetur. Plane si ea res ampla est, et ad modicum aeris fuerit pignorata, dici debebit cessare non solum stellionatus crimen, sed etiam pignoratitiam ex dolo actionem, quasi in nullo captus sit qui pignori secundo accepit. Ib. §. 1.

» Istessamente, quando alcuno mi abbia ipotecata scientemente la cosa altrui, ovvero che mi abbia impegnata senza rendermene avvertito la cosa che egli aveva obbligata ad un altro, ei sarà castigato come colpevole dello stesso delitto,

» *Si eccettui*, se la cosa è di un tale valore, ed il prestito talmente modico, che la cosa ipotecata basti all'una ed all' altra

obbligazione; perciocchè allora, non solo non avrà luogo l'accusa in causa dello stellionato, ma neppure l'azione per danni ed interessi sarà ammessa; non essendo stato ingannato in cosa alcuna quegli a cui è stata ipotecata posteriormente la cosa. »

Il nuovo Codice, limitando l' azione in causa di stellionato all'ipoteca degli immobili, esclude cotali sottigliezze.

» Nelle materie civili l'arresto personale ha luogo per causa di stellionato.

» Lo stellionato si commette col vendersi od ipotecarsi un immobile di cui si sa di non essere il proprietario;

» Si commette ancora coll'asserire come liberi i beni già ipotecati, o col dichiarare ipoteche minori di quelle delle quali sono aggravati gli stessi beni. » *Codice civile art.* 2059.

Questo inconveniente, dopo la pubblicità delle ipoteche, può difficilmente aver luogo oggidì, attesa la necessità dell'inscrizione per istabilirle; ma il quale era frequente nell' antico diritto francese, soventi anche senza che vi fosse dolo dalla parte del debitore, se egli non avesse avuti presenti alla me-

moria, al momento del contratto, tutti gli impegni autentici che egli aveva contratti i quali obbligavano tutta l'universalità della sua fortuna. Anche gli stessi tribunali non lo dichiaravano reo di stellionato se non in quanto che egli si fosse dichiarato *libero e sciolto* da qualunque ipoteca, ovvero che avesse fatta una falsa dichiarazione delle ipoteche anteriori.

Questa fraude, come si è detto nel titolo *de' privilegi e delle ipoteche*, era comune nel diritto romano, giusta il quale la ipoteca su gl' immobili risultava, non dall' autenticità dell' atto, ma dalla convenzione, e da quelle vane formole che avevano introdotte i romani giureconsulti.

III.

Dello stellionato delle donne sotto la podestà maritale.

Diritto antico.

» Le donne e le figlie non potranno obbligarsi, nè esser detenute prigioni, quando non esercitino la pubblica mercatura,

ovvero in causa di stellionato procedente dal loro fatto. » Ordinanza del 1667, *ibid. art.* 8.

» (L' arresto personale) non può ordinarsi contro le fanciulle, le donne che per il caso di stellionato. *Codice civile. art.* 2066.

» Le mogli che essendo in comunione si saranno obbligate unitamente o solidariamente coi loro mariti, non potranno essere imputate di stellionato per causa di questi contratti. *Ibid.*

(Percioecchè si considerano avere esse ceduto all' autorità maritale.)

E' per tal modo (dice l'oratore del governo) « che l'editto del mese di luglio 1780 aveva interpretato l' art. 8 del titolo XXIV dell'ordinanza del 1667. »

Discorso del consigliere di stato Bigot Préameneu.

IV.

Dei minori e dei settuagenarj.

Quantunque le leggi accorrano in soccorso « de' minori ingannati non ingannatori » *minoribus deceptis non decipientibus ju-*

jura subveninnt, dicono le leggi romane, il diritto che le medesime accordano di essere restituiti contro la lesione che i medesimi potrebbero soffrire, non permette di assoggettarli all' arresto personale. *Codice civile art.* 2064.

Nè li settuagenarj.

» Basta che sia principiato l'anno settantesimo, per godere del favore accordato ai settuagenarj. » *Ibid. art.* 2066.

Egli è questo l'assioma di diritto: *in favorabilibus annus incohatus pro completo habetur*; « nelle cose favorevoli l' anno principiato si considera come se fosse completo. »

Lo che non si estende nondimeno all'arresto pronunciato in causa di stellionato; perciocchè il rispetto dovuto alla vecchiezza non deve incoraggirlo al delitto.

» I settuagenarj non potranno essere imprigionati, quando non sia per lo *stellionato* e per spese *in materia criminale*, e che le condanne consistano nel carcere. » *Ordinanza del* 1667, ibid. art. 9.

V.

Della necessità, di una sentenza che pronunci la detenzione, e della differenza dell'antico e del nuovo diritto francese, relativamente all'appellazione sospensiva o devolutiva di tale sentenza.

» L' arresto personale, anche nei casi nei quali esso è autorizzato, non può aver luogo che in virtù di una sentenza. » *Codice civile art.* 2067.

A termini dell' antico diritto francese, l'appello ovvero l'opposizione era sospensiva; « ma se prima dell' appello ovvero dell' opposizione intimata, gli uscieri, o sergenti, avessero arrestata la persona (del debitore) non si sospenderà la detenzione. » *Ordinanza del* 1667, ibid. art. 12.

Il nuovo Codice distingue se la sentenza o la decisione anche per contumacia, (poichè si tratta dell' opposizione che vi può essere fatta) porta *che sarà esecutiva* in via di provvisione; (clausola la quale è

come di stile nelle sentenze) l' appellazione ovvero l'opposizione non saranno che devolutive, e non si sospenderà l' esecuzione *prestando fidejussione*. Codice civile art. 2068.

La qual cosa è senza dubbio più conforme alle regole della procedura, ma meno umana; come se la perdita della libertà anche momentanea, fosse una cosa reparabile in definitivo!

VI.

Continuazione degli altri procedimenti.

» L' esecuzione del decreto d' arresto, non toglie nè sospende il procedimento, nè gli atti esecutivi sui beni. » *Codice civile art.* 2069.

Fine del Volume Sesto.

INDICE RAGIONATO

Delle materie contenute nel volume sesto dell' Analisi del diritto francese di P. L. C. Gin.

TITOLO XIV.

TITOLO XV.

TITOLO XVI.

TITOLO XVII.

TITOLO XVIII.

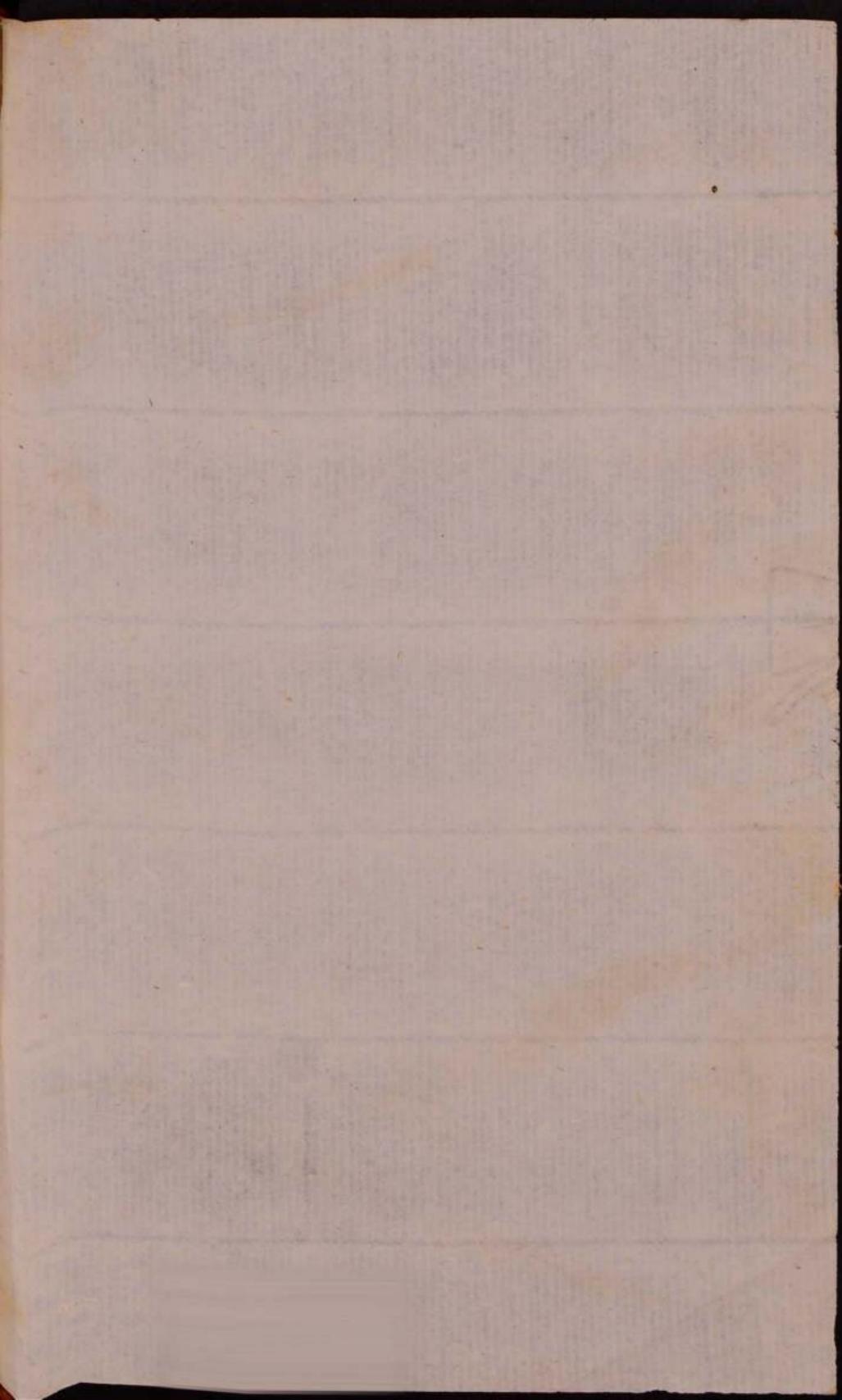
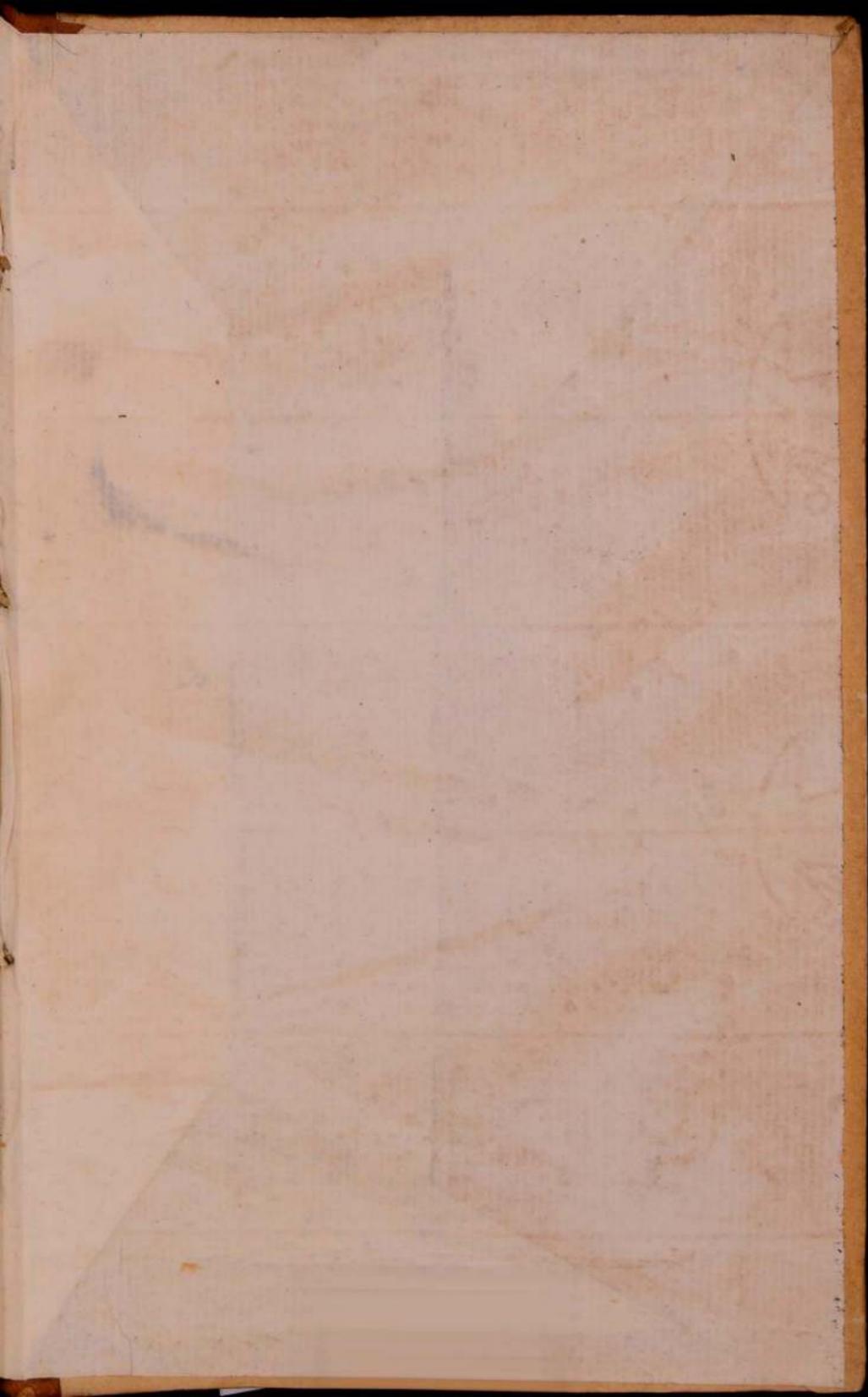
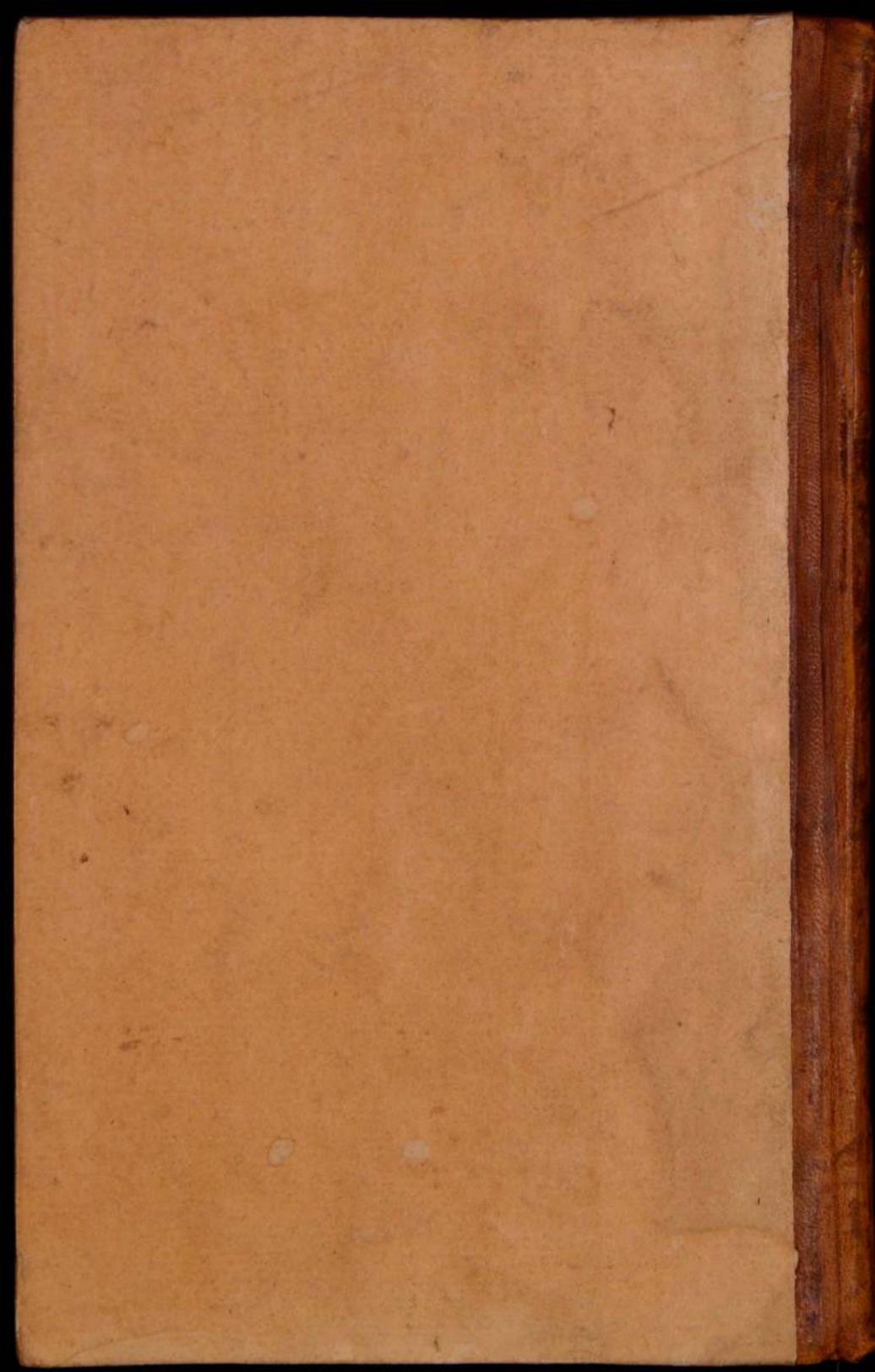
TITOLO XIX.

TITOLO XX.

TITOLO XXI.

TITOLO XXII.

TITOLO XXIII.

Fine dell' indice.

GIN
ANALISI
6
293

» Non è ammesso alcun richiamo a que-
» sto riguardo, quando sono trascorsi più
» di tre mesi dal giorno in cui il socio,
» il quale si pretende leso, ha avuto noti-
» zia dell'arbitramento, o *quando dal suo*
» *canto ha incominciato ad eseguirlo.* » Ib.

» esigibile verso di una persona che è pa-
» rimenti debitrice alla società di una som-
» ma esigibile, deve imputarsi ciò che ri-
» ceve dal debitore, sul credito della so-
» cietà e sul proprio nella proporzione dei
» due crediti; *ancorchè colla quitanza a-*
sopra il

itanza;
amento
dichia-
348.
ecie di
iascuno
tti, col
ssi; ma
a loro

ricevuta
lito co-
o insol-
ire nel-
diversa-
ianza)
quitanza

~~ntimento~~

ppella

anamento

David

Padov